

International
Association of
Labour
Law
Journals

Yearbook *of* Comparative Labour Law Scholarship

Second Edition

Edited by

Frank Hendrickx

International
Association of
Labour
Law
Journals

Yearbook *of* Comparative Labour Law Scholarship

Second Edition

Edited by

Frank Hendrickx

Institute for Labour Law – KU Leuven

KU Leuven, Institute for Labour Law
Blijde-Inkomststraat 17 box 3423
3000 Leuven
Belgium
© 2018 by Institute for Labour Law

All rights reserved. This work may not be translated, copied, transmitted or reproduced in whole or in part without the express written permission of the copyright holders, except for brief excerpts in connection with reviews and scholarly analysis. Use in connection with any form of information storage and retrieval, electronic adaptation, computer software, or by similar or dissimilar methodologies now known or hereafter developed is forbidden.

D/2018/453/FH02
ISBN: 9789082167009

Contents

Introduction <i>Frank Hendrickx</i>	V
Notes on contributors	XIII
Member journals participating in this publication	XV
Worker and shareholder protection in six countries: A longitudinal analysis <i>Peter Gahan, Ian Ramsay and Michelle Welsh</i>	1
European economic governance and the labor laws of the E.U. Member States <i>Achim Seifert</i>	29
Imperativos económicos frente a derechos fundamentales, un nuevo paradigma de relaciones laborales <i>María Luz Rodríguez Fernández</i>	55
Del lavoro sommerso o, meglio, “non dichiarato”: una tipizzazione giuridica fondata sul concetto di “attività remunerata” <i>Edoardo Ales</i>	97
Affirmative Action — Concepts and Controversies <i>Shamima Gaibie</i>	115
Tra confusione e sospetti. Clausole generali e discrezionalità del giudice del lavoro <i>Maria Vittoria Ballestrero</i>	149
Las transformaciones en las técnicas de actuación de la Administración laboral - The Transformation in the Techniques of Performance of Labour Administration <i>Jesús Cruz Villalón</i>	185

Pravna in vsebinska vprašanja prenove kolektivnih pogodb - Legal and substantive issues regarding the renovation of collective agreements <i>Katarina Kresal Šoltes</i>	237
Dismissal law under challenge: new risks for workers <i>Sylvaine Laulom</i>	257
Regole e modelli del licenziamento in Italia e in Europa. Studio comparator <i>Marcello Pedrazzoli</i>	293
La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza - The individual dismissals reform: a critical approach <i>Valerio Speciale</i>	373
Dismissals in Japan - Part One: How strict is Japanese law on employers? <i>Kazuo Sugeno and Keiichi Yamakoshi</i>	469
Dismissals in Japan - Part Two: How frequently do employers dismiss employees? <i>Kazuo Sugeno and Keiichi Yamakoshi</i>	485
One step forward or more window-dressing? A legal analysis of recent CSR initiatives in the garment industry in Bangladesh <i>Beryl Ter Haar & Maarten Keune</i>	515
Der Einfluss der EMRK auf das deutsche Arbeitsrecht <i>Angelika Nußberger</i>	543
Le droit du travail et la sécurité sociale au Pérou: Évolutions et défis de ces vingt dernières années <i>Leopoldo Gamarra Vílchez</i>	565

Introduction

The International Association of Labour Law Journals (IAL LJ) is grouping 28 journals from around the world dedicated to publishing the best research and thought in labour and employment law and policy.

In 2015, the IALLJ published a Yearbook of Comparative Labour Law Scholarship. It was edited by Steven L. Willborn and Alan C. Neal and published by Lancaster House. The volume contained 390 pages with reproductions of the most typical, eye-catching, thoughtful or generally worthwhile contributions of IALLJ member journals.

With the present volume, we wish to repeat this exercise for contributions that have been made available after the first volume and which were published in 2014 in the member journals. The idea is not just to expose these contributions to a wider audience but also to evoke and grasp, more horizontally throughout our journals, how and what scholarship in labour law is emerging over time. Behind this lies an ambition to make a contribution to trend awareness and critical debate in the larger global community of labour law scholarship.

Bringing a collection of contributions of the width and depth of the IALLJ's member journals is a real effort. The editors of the participating journals have been asked to make and present one selected contribution in the relevant publishing year for this Yearbook.

The editorial process of a Yearbook like this is a great challenge. It takes time, seen the different practical set-ups of the member journals, the variety of formats, the involvement of different people and the market reality for publishers hindering them to bear the Yearbook as a project. For this Yearbook, we must express our deepest gratitude and endless appreciation to Ms. Josephine Van

Rymenant, the administrative secretary of the Institute for Labour Law at the University of Leuven. She managed to overcome the absence of a publisher through a combination of time-consuming case handling, enormous problem-solving skills and a great share of dedication.

While the underlying ambition of our Yearbook project is to grasp points of attention, thought-catching ideas or even trends in our labour law literature, a closer look at the contributions included in this volume shows us also the dangers and perhaps some forms of frustration. There is the issue of different languages of contributions, the different background of journals, some of which may be more international or, on the contrary, more nationally oriented; there is the own style of editorial boards and authors, and readership of the contributions, although in labour law, may still be quite diverse. Another problem with a collection as this Yearbook may be that every reader may be caught or triggered by something else. So making shape and contrast is certainly an individual exercise. The biggest effort of this volume can thus be found in the selection of contributions.

Taking the above into account, an attempt has been made to find a logical structure of presenting the scholarship. This is connected with the possible links or cohesion between contributions both in terms of approach and content. We are much indebted to Alan Neal for helping to sort out a logical following order and structure of our Yearbook.

The first three contributions, from Gahan et al., Seifert and Rodriguez Fernandez are rather centred around paradigmatic questions and the overall tension between economics and labour law.

Peter Gahan, Ian Ramsay and Michelle Welsh contribute to the field of scholarship which explores links between workers and shareholders as part of corporate governance arrangements. As the authors explain, this research concerns matters such as a corporate performance, mergers and takeovers, and the impact on workers and their rights, from an ‘insiders’ rather than an ‘outsiders’

perspective. Their contribution is quite interesting as they employ a 'leximetric' methodology to measure changes in the level of worker and shareholder protection. Their conclusion is that both worker and shareholder protection have increased over time in five studied countries and that, overall, increased formal legal protection for shareholders is not obtained at the expense of formal legal protection for workers.

The two following contributions may be more stressful for labour law. **Achim Seifert** deals with European economic governance and the labour laws of the EU member states. This growing impact of European economic law on labour and employment law systems of in Europe has been particularly an issue for those member countries that were the most affected by the financial and economic crisis and that have been receiving financial aid through different programmes. In his conclusion, Seifert points at the increasing impact of the European Union on the social policy field of member states and to the increasing "Janus faced character" of EU intervention, something that scholars and citizens take further in discussing the EU project more broadly.

The contribution of **Rodriguez Fernandez** further discusses economic imperatives versus fundamental social rights. She puts the discussion in a broader political context, but also stresses the importance of a legal-constitutional debate and launches a plea for not only following an economic paradigm, in terms of efficient labour markets – for example in the field of minimum wages or dismissal protection – but also for taking up the importance of constitutional rights linked to social and democratic states. This is something that national-constitutional and European courts could take up, something to which Seifert has alluded in his contribution.

The issue of 'economics', labour markets and labour protection debate further comes through in the next set of three articles. **Edoardo Ales** enters into the discussion of qualifying (remunerated) labour for (labour) protection. He points at the role of labour law in addressing various forms of work which need to be validated for forms of protection. Basically, he treats economic activity through

personal work relations and, departing from that, touches issues such as working with independent entrepreneurs and the problems arising from that in light of misqualified or undeclared work. The problem of classifying, avoidance or disapplication of social protection to forms of remunerated work is put in a broader perspective, raising questions on when or what social protection or labour rights should come into play for a certain type of (labour) activity. Behind it is clearly again a cost-benefit thinking. Not only is there the question whether labour protection can be applied, but also, when labour protection does deliver the right pay-off. These 'economics' seem to stay behind that given scene.

Shamima Gaibie pulls us in the affirmative action debate. Whereas the clash between economics and labour law have been touched upon already before in the aforementioned contributions, in Gaibie's article, clearly other clashes are involved. Equality as a principle, she indicates, is extremely complex, and the right to equality is deeply marked by conflict, controversy and contradiction. Its status as a fundamental right may, more often than not, conflict with other basic social values or even with other fundamental rights, such as the right to freedom from state interference, or the freedom of speech. This author puts this in an interesting context, that of the Employment Equity Act, EEA (South Africa). In labour matters, the EEA adopts the criterion of 'equitable representation' as the principal basis upon which affirmative action measures should be implemented. Shamima shows how problematic the realisation of this principle may be. In her contribution, the broader context of (labour) protection and the effect of it on job access, distribution and the labour market become clear.

Where the former three contributions already indicated the importance of courts in fairness questions, with the following few contributions we come closer to the role of the (labour) judge. **Ballestrero** raises questions about the role of the judge in labour matters, the texture of labour law as a whole, and whether pure positive law analysis should guide legal adjudication or whether rather extra-legal reflections should influence and penetrate our core body of laws and rules. With this, he goes to the essential task of a

judge and the extent to which discretion is (to be) exercised and how this relates to legal limitations framed by the legislator. An example is judging over the lawfulness of a dismissal. When judges apply a test of proportionality and not only the words of a contract, a collective agreement or the legislation, the question is how far discretion can be attributed to the court. We leave the answer open here, but the interplay between our major 'institutions' becomes an item. **Villalon** expands this discussion by referring to the role of public administration in labour law. In continental European systems, it is indicated, the role of the government has traditionally been prominent in providing or promoting social protection, including labour protection, as well as a set of institutions. Lowering the impact of governments in labour matters is an idea which receives thought in this contribution. However, such evolution is shown to be very complex and leaves a lot of questions. One of it is the issue of privatization of government services (like employment services) and the question how community interests remain guaranteed. The question here is how the authority of the state itself relates to initiatives that have become private.

Kresal Šoltes continues to discuss the institutional environment of labour law with addressing the role of collective bargaining, and seeing it as complementary to government action. Departing from the changes in the law on collective bargaining in Slovenia, she attempts to oversee the challenges for this body of law where both economic efficiency and labour market impact as well as employment protection are matters of concern. The contribution makes clear that the role of collective agreements in the wide scope of labour norms and its relationship with legislation (and whether deviations *in peius* should be allowed) are in no way to be seen as pure legal questions, but rather to be understood in the context of a broader socio-economic and political playing field. This is a thought that many industrial relations scholars are likely to share.

The following contributions focus on the law of dismissal. It is interesting to note how this classical part of labour law is highly discussed and displayed as a big area of concern. The work on dismissal law is very extensive and should thus not be

underestimated both in terms of quantity of issues and systems involved as well as with regard to impact on the labour law debate.

As **Laulom** points out, analysing the evolution of labour law in various countries, the emerging picture, notwithstanding national specificities, is of a dismissal law in transformation. It raises questions on whether developments are evidence of a transformation of labour law in all its functions. In her contribution, she points at reforms that have put into practice the principles of flexicurity, which often means flexibility in dismissal law. More generally, it seems that the division of risks between employers and employees is under change. It is a complicated debate. **Pedrazzoli** points at the difficult dilemma posed in dismissal law, that between economic justification which may exist behind a dismissals and the principle that labour is not a commodity requiring, as he argues, to take into account the social consequences of every termination of employment. **Speziale** refers again to the context of the economic logic that has directly influenced labour law reform and the law of dismissal. He argues that it is for law and lawyers to put limits to this development and he particularly calls on the role of the judge in controlling dismissals, bringing several of the aforementioned observations on law and its interactions with institutions back into the discussion.

In two contributions, **Sugeno and Yamakoshi** bring an in-depth overview of the law and dynamics of dismissal law in Japan. An interesting sound comes from this system, perhaps not so surprisingly. In Japan, it is reported that firms strive to strike a balance among the interests of various stakeholders, including the workers, regarding whether workers are to remain or to leave in the course of redundancy. Employers usually engage in extensive joint consultations with unions and work out means to cope with redundancy.

The final three pieces form strong pieces of fundamental rights oriented work.

Ter Haar and Keune discuss the global supply chain in the garment industry, known to have become a major issue in light of the collapse

of Rana Plaza in 2013. The question is whether initiatives that came out after the disaster have to be appreciated as serious human rights efforts or rather as business-driven window-dressing. Readers are capable to draw their own conclusions from their contribution, but the “Accord” that is mentioned is described as an interesting mix of traditional command-and-control mechanisms, especially the arbitration procedure, and forms of experimental governance. Furthermore, it is seen to accommodate many aspects that have been indicated in the literature as contributing positively to the effectiveness of CSR.

Another fundamental rights contribution digs into the influence of the European Convention on Human Rights (ECHR) on (German) labour law, a study undertaken by **Angelika Nußberger**. What the contribution makes clear is how the world, including the legal world, has changed. The road to the ‘Strasbourg Court’ on human rights has become much more evident today, also in labour matters, compared to the past. There is obviously the inherent limitation in ECHR matters as there is a margin of appreciation for national legal systems, but the influence of this European human rights instrument on labour law can hardly be underestimated.

Vilchez, finally, gives us an overview of the development of labour and social security law in Peru and it would seem that this contribution ties a lot of reflections mentioned in the other articles together. There is the challenge of unemployment in the country and income inequality, a reality check for labour law. There are reform questions with regard to labour law and the labour market and one of the points raised is a need for thorough reflection about the role of labour law and how it relates to the demands or forces of politics and economics. With that, we are back in the opening articles. The balance sought after in labour law, in many instances, runs as a *fil rouge* through the work displayed here.

Frank Hendrickx
President, International Association of Labour Law Journals

Notes on contributors*

Ales, Edoardo, Professor of Labour Law, Faculty of Law, University of Cassino

Ballestrero, Maria Vittoria, Professor emeritus, University of Genova

Cruz Villalón, Jesús, Director de la Revista Temas Laborales - Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Universidad de Sevilla

Gahan, Peter, Professor of Management, Department of Management and Marketing, Faculty of Business and Economics, University of Melbourne

Gaibie, Shamima, Senior Director at Cheadle Thompson & Haysom Inc.

Gamarra Vílchez, Leopoldo, Professeur de Droit du travail et sécurité sociale à la Faculté de droit et sciences politiques de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, membre du Conseil consultatif du Ministère péruvien du travail et de la promotion de l'emploi, Spécialiste du travail et de la prévoyance du Congrès de la République.

Keune, Maarten, Amsterdam Institute for Advanced Labour Studies (AIAS) and the Labour Law Department of the University of Amsterdam, The Netherlands

Kresal Šoltes, Katarina, PhD, Deputy Director at the Institute for Labour Law at the Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia

* As available at the moment of submission.

Laulom, Sylvaine, Professor at University Lumière Lyon 2, CERCRID, (UMR 5137). E-mail: sylvaine.laulom@univ-lyon2.fr

Nußberger, Angelika, Richterin am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, Straßburg

Pedrazzoli, Marcello, Adjunct Professor, University of Bologna

Ramsay, Ian, Harold Ford Professor of Commercial Law, Melbourne Law School, University of Melbourne

Rodríguez Fernández, María Luz, Universidad de Castilla-La Mancha, Maríaluz.rodriguez@uclm.es

Seifert, Achim, Dr. Jur., Professor of Civil Law, German and European Labor Law and Comparative Law at the Friedrich-Schiller-University of Jena, Co-Editor of the Comparative Labor Law and Policy Journal.

Speziale, Valerio, Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università «G. D'Annunzio» di Chieti-Pescara

Sugeno, Kazuo, President of the Japan Institute for Labour Policy and Training and Professor Emeritus of the University of Tokyo

Ter Haar, Beryl, Amsterdam Institute for Advanced Labour Studies (AIAS) and the Labour Law Department of the University of Amsterdam, The Netherlands

Welsh, Michelle, Associate Professor, Department of Business Law and Taxation, Monash Business School, Monash University

Yamakoshi, Keiichi, is Executive Director of the Japan Institute for Labour Policy and Training

Member journals participating in this publication

Arbeit und Recht, Germany

Australian Journal of Labour Law, Australia

Comparative Labour Law and Policy Journal, United States

Diritti Lavori Mercati, Italy

Employees & Employers (Delavci in Delodajalci), Slovenia

European Labour Law Journal, Belgium

Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali, Italy

Industrial Law Journal, South Africa

International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, The Netherlands

Japan Labor Review, Japan

Lavoro e Diritto, Italy

Revista de Derecho Social, Spain

Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale, France

Rivista Giuridica del Lavoro, Italy

Temas Laborales, Spain

Worker and shareholder protection in six countries: A longitudinal analysis

Peter Gahan, Ian Ramsay and Michelle Welsh*

AUSTRALIAN JOURNAL OF LABOUR LAW

Volume 217 (2014), issue 27, pp. 216-232

In this article the authors utilise leximetric analysis, which involves the numerical coding of the strength of formal legal protections, to document changes in the level of worker protection and shareholder protection in six countries (Australia, France, Germany, India, the United Kingdom and the United States) for the period 1970–2005. Both worker and shareholder protection increased in five of the six countries and in the sixth country (Australia) shareholder protection increased and the level of worker protection in 2005 was similar to the level of protection in 1970. The results of statistical tests show that increased formal legal protection for shareholders is not obtained at the expense of formal protection for workers. Implications of this finding are explored by the authors.

* Peter Gahan, Professor of Management, Department of Management and Marketing, Faculty of Business and Economics, University of Melbourne; Ian Ramsay, Harold Ford Professor of Commercial Law, Melbourne Law School, University of Melbourne; Michelle Welsh, Associate Professor, Department of Business Law and Taxation, Monash Business School, Monash University. The authors acknowledge the financial support from the Australian Research Council (Discovery Project Grant No DP1095060) to undertake the research on which this paper is based. The authors are grateful for the comments of two anonymous reviewers.

1 INTRODUCTION

This article is part of a larger international study in which the authors, who are drawn from the disciplines of law, industrial relations and labour economics, have examined the evolution of shareholder protection in six countries — Australia, the United Kingdom, the United States, Germany, France and India¹ and, separately, have examined the evolution of worker protection in these same six countries.²

In earlier research we presented the results for shareholder protection and worker protection for Australia.³ In this article, we draw together the results for worker and shareholder protection for the six countries and examine changes in the protections given to workers and shareholders for the period 1970 to 2005.

We are interested in whether there are trade-offs in protection between these two key groups of stakeholders who both have important interests in corporations. If there are increases in the formal legal protection given to shareholders, does this come at the expense of the legal protection given to workers? We employ what has become known as a leximetric methodology to document changes in the protection of these two groups.

The structure of the article is as follows. In Part B we review some of the existing literature that identifies links between workers and shareholders. In Part C we explain leximetric research and its limitations. This is followed in Part D by details of our methodology, in particular what our worker and shareholder indices measure, and the results of our study. Part E concludes.

¹ H Anderson et al, 'The Evolution of Shareholder and Creditor Protection in Australia: An International Comparison' (2012) 61 *ICLQ* 171.

² P Gahan et al, 'Economic Globalization and Convergence in Labour Market Regulation: An Empirical Assessment' (2012) 60 *Am J Comp L* 703; R Mitchell et al, 'The Evolution of Labour Law in Australia: Measuring the Change' (2010) 23 *AJLL* 61.

³ H Anderson et al, 'Investor and Worker Protection in Australia' (2012) 34 *Syd LR* 573.

2 THE POLITICAL ECONOMY OF CAPITALISM — LINKS BETWEEN WORKERS AND SHAREHOLDERS

An important field of scholarship explores links between workers and shareholders as part of corporate governance arrangements. Some of this research concerns the significance of matters such as a shareholder-oriented perspective of corporate performance,⁴ the impact of corporate takeovers and mergers on workers,⁵ and the rights of workers to be considered as 'insiders' rather than 'outsiders' when it comes to corporate decision-making.⁶

Research that examines links between workers and shareholders has been undertaken at both the level of the individual

-
- ⁴ W Lazonick and M O'Sullivan, 'Maximising Shareholder Value: A New Ideology for Corporate Governance' (2000) 29 *Economy and Society* 13; J Armour, S Deakin and S Konzelmann, 'Shareholder Primacy and the Trajectory of UK Corporate Governance' (2003) 41 *BJIR* 531; H Gospel and A Pendleton (Eds), *Corporate Governance and Labour Management: An International Comparison*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- ⁵ J Froud et al, 'Restructuring for Shareholder Value and its Implications for Labour' (2000) 24 *Cambridge Journal of Economics* 771; S Deakin, 'Workers, Finance and Democracy' in *The Future of Labour Law*, C Barnard, S Deakin and G Morris (Eds), Hart Publishing, Oxford, 2004, p 79 at pp 84–9; Gospel and Pendleton, above n 4, p 7.
- ⁶ Gospel and Pendleton, above n 4, pp 3–4; A Forsyth, 'Corporate Collapses and Employees' Right to Know: An Issue for Corporate Law or Labour Law?' (2003) 31 *Aust Jnl of Business Law* 81; S Bottomley and A Forsyth, 'The New Corporate Law' in *The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and the Law*, A Voiculescu and T Campbell (Eds), Cambridge University Press, Cambridge, 2007. Prior to the rise of the 'shareholder value' paradigm in recent decades, managerial authority and decision-making was probably guided by an implicit (and uncontroversial) 'stakeholder' perspective of the corporation: see P Osterman, *Securing Prosperity: The American Labour Market — How It Has Changed and What to Do about It*, Princeton University Press, Princeton, 1999, pp 147–50.

corporation and at the country level. This latter research is concerned, among other things, with the roles of workers and shareholders in different types of capitalism. Work carried out on the institutional bases of different types of capitalism has posited various styles of, and approaches to, economic organisation within states.⁷ It extends from examination of empirical patterns linking levels of worker and shareholder protection in legal rules to consideration of the economic consequences of different levels of protection. This literature draws on a diverse range of academic disciplines and scholarship.

The literature on comparative capitalisms explores the interaction between various institutions within larger production regimes. With respect to the interaction between workers and shareholders the literature examines the interplay of business strategy, workers' interests and shareholders' interests.

One formative work in this area has identified two separate and distinct sets of institutional arrangements, complemented by legal systems and 'styles' of regulation, which are identified either as 'liberal market' economies or 'co-ordinated market' economies.⁸

⁷ The literature is extensive. Examples include J Hollingsworth and R Boyer (Eds), *Contemporary Capitalism: The Embeddedness of Institutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997; R Whitley, *Divergent Capitalisms: The Social Structuring and Change of Business Systems*, Oxford University Press, Oxford, 1999; P Hall and D Soskice (Eds), *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford University Press, Oxford, 2001; W Streek and K Yamamura (Eds), *The Origins of Nonliberal Capitalism*, Cornell University Press, Ithaca, 2001; I Fannon, *Working within Two Kinds of Capitalism*, Hart Publishing, Oxford, 2003; B Amable, *The Diversity of Modern Capitalism*, Oxford University Press, Oxford, 2003; R Boyer, 'How and Why Capitalisms Differ' (2005) 34 *Economy and Society* 509; G Jackson and R Deeg, 'Comparing Capitalisms: Understanding Institutional Diversity and Its Implications for International Business' (2008) 39 *Jnl of Int Business Studies* 540.

⁸ See Hall and Soskice, above n 7.

'Liberal market' economies (typified in the US and UK national systems, for example) are said to be characterised by an 'outsider' form of corporate governance and finance, a dispersed shareholder base grounded in extensive and deep equity markets, strong protective rights for shareholders, an active market for control by shareholders (particularly through takeovers and mergers) and a business strategy focussed upon short term financial benefits for shareholders. This 'marketised' style of corporate governance is, in turn, said to be allied to a complementary style of labour management which supports the interests of capital over workers. It is argued, for example, that under the 'liberal market' model, one typically finds a more partial, less protective set of labour institutions and rights. Under such a system there is less employment security, fewer minimum standards of employment for workers, and where such standards exist, they apply to a smaller cohort of workers than in the 'co-ordinated' style of economy.

By contrast, 'co-ordinated market' economies (typified in the systems of Germany and other European countries) are said to be characterised by different corporate ownership and governance arrangements. In these economies, shareholding is much less widely dispersed, share markets are less developed, and financing is facilitated more through banks and other large lenders. The argument here is that these arrangements engender an 'insider' form of governance where financiers develop longer term relations with corporate managers and there is much weaker 'market' discipline. With a longer term view of the business able to be exercised by management there is also a longer term view able to be taken of relations with workers. Accordingly, the 'co-ordinated market' style of economic organisation is marked by better protections for workers, greater employment security, more investment in skills and training, and a higher degree of employee involvement in workplace decision-making.

Other comparative studies within the varieties of capitalism literature identify more than two groupings or 'families' of nations. For example, Boyer identifies four regime types; Amable

identifies five; and Whitley proposes a typology of six 'business systems'.⁹ To a large extent, these extended groupings open up the catch-all category of 'co-ordinated market' economies and differentiate those economies with greater precision.¹⁰ Less considered in the literature is the possibility that there are varieties of liberal markets or, at least, significant differences among liberal regimes.¹¹

Two concepts that play a key role in the varieties of capitalism literature are the notion of 'path dependency' and of 'complementarity'. As noted by Deeg, notions of path dependency and some sort of institutional coherence underpin most theories of national differences.¹² Path dependency — that nations become 'locked in' to a certain form of economic organisation — accounts for the persistent diversity of national systems despite global pressures for systems to converge around a single economically efficient model.¹³ Yet while the persistence of cross-national diversity in forms of capitalism is explained by path dependency, path dependency itself can be explained by the complementarity or coherence of national systems.

Path dependency is often explained by reference to the cost of switching from an established (albeit, less than optimal) arrangement to a more efficient arrangement which might be

⁹ Amable, above n 7; Boyer, above n 7; Whitley, above n 7.

¹⁰ M Schroder, 'Integrating Welfare and Production Typologies: How Refinements of the Varieties of Capitalism Approach Call for a Combination of Welfare Typologies' (2009) 38 *Jnl of Social Policy* 19.

¹¹ See R Mahon, 'Varieties of Liberalism: Canadian Social Policy from the "Golden Age" to the Present' (2008) 42 *Social Policy and Administration* 343.

¹² R Deeg, 'Path Dependency, Institutional Complementarity, and Change in National Business Systems' in *Changing Capitalisms? Internationalization, Institutional Change and Systems of Economic Organization*, G Morgan, R Whitley and E Moen (Eds), Oxford University Press, Oxford, 2006.

¹³ H Hansmann and R Kraakman, 'The End of History for Corporate Law' (2001) 89 *Geo LJ* 439.

outweighed by the welfare gain brought about by changing.¹⁴ While the existence of adjustment costs for an individual are often a matter of technical fact, as regards economic processes they also arise from the social aspects of institutional development: because of the sunk costs and entrenched interests of groups or coalitions of actors.¹⁵ As Jackson and Deeg explain further, the fact that there are 'institutional linkages and complementarities' within national systems makes it difficult to introduce changes which can have the effect of transforming 'the overall institutional configuration from one type of capitalism to another'.¹⁶ That is, from an economic perspective, the marginal cost of continuing with an established regulatory 'style' is lower than radically recasting the system, principally because the fundamental rules are embedded across regulatory institutions and populations: any change to one aspect of the system may undo or unsettle the overall coherence of the system. Alternatively, deeply ingrained cultural and social mores, which are also expressed in legal culture, may lock in a certain regulatory style.¹⁷ Thus, for example, we might expect to see that institutions within one particular context (for example, the capital market) evolve in a 'complementary' way with those in another context (for example, the labour market).¹⁸

¹⁴ See R Schmidt and G Spindler, 'Path Dependence, Corporate Governance and Complementarity' (2002) 5 *International Finance* 1; M Roe, 'Chaos and Evolution in Law and Economics' (1996) 109 *Harv L Rev* 641.

¹⁵ Schmidt and Spindler, above n 14.

¹⁶ G Jackson and R Deeg, 'How Many Varieties of Capitalism: Comparing the Comparative Institutional Analyses of Capitalist Diversity', Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Köln, 2006, pp 35–6. See also Gospel and Pendleton, above n 4, pp 8–9. However, the validity of this proposition is also under debate: see Jackson and Deeg (in this note) pp 36–7. On path dependency, see L Bebchuk and M Roe, 'A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance' (1999) 52 *Stan L Rev* 127.

¹⁷ See K Zweigert and H Kotz, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd ed, Oxford University Press, Oxford, 1998.

¹⁸ See M Aoki, *Towards a Comparative Institutional Analysis*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2001.

In understanding how these sets of ‘institutional configurations’¹⁹ interrelate to produce national ‘styles’ of market regulation, it is necessary to have regard to both regulatory and empirical dimensions of a national political economy. These include the main source of finance of major companies within a particular national system; whether it is mainly equity or debt finance; whether markets for finance are deep or shallow; whether shareholdings are generally consolidated or diffusely held; whether the legal protections extended to minority shareholders are strong or weak; how secure companies are against takeover and merger activity in a particular national market; how shareholder-oriented decision-making is within particular companies; whether labour is strongly integrated into decision-making within the nation’s corporations; whether there is co-ordinated collective bargaining; whether employees are strongly protected against dismissal and so on.

Among these various factors, ‘law’, particularly corporate and labour regulation, is a crucial component (though by no means the only one) in both setting the ‘regulatory style’ of a particular national system and facilitating change in that regulatory style. Legal dimensions set a boundary between the ‘liberal market/outsider governed’, and the ‘co-ordinated market/insider governed’ systems. However, the major works in the varieties of capitalism and comparative business systems literature do not deal with law and legal systems in specific detail, nor do they deal with questions of change through legal reform.²⁰ More specific

¹⁹ See R Deeg and G Jackson, ‘Towards a More Dynamic Theory of Capitalist Variety’ (2007) 5 *Socio-Economic Review* 149.

²⁰ See, eg, Gospel and Pendleton, above n 4. Two contributions to Hall and Soskice (above n 7) examine the role of legal regulation in some detail (see S Casper, ‘The Legal Framework for Corporate Governance: The Influence of Contract Law on Company Strategies in Germany and the United States’, p 387; and S Vittols, ‘Varieties of Corporate Governance: Comparing Germany and the UK’, p 337). However, as Stryker has noted, law occupies a peripheral status in most institutionalist scholarship: ‘Law is there but not there — mentioned in passing yet not a sustained object of inquiry in its own right’: R Stryker, ‘Mind the Gap: Law, Institutional Analysis and Socioeconomics’ (2003) 1 *Socio-Economic Review* 335 at 340. It

legal factors are explored and absorbed into the analysis by the 'legal origins' literature, which argues that law is at least a key determinant in the division of production regimes into two different types or styles. Our research for this article focuses on the law as it operates to protect workers and shareholders. The idea that 'law matters' when it comes to explaining patterns of corporate governance and share ownership, has been extensively explored.²¹ The 'law matters' argument has been extended in a more particular direction by the 'legal origins' literature which argues that law is a key determinant in the division of production regimes into different types or styles (ie, that law is crucial to the way that capital and labour are brought together and used for productive purposes in particular states). This idea owes itself to the work of Rafael La Porta and his colleagues.²² Through a series of publications dealing with cross-national legal indicators on matters to do with corporate governance and finance,²³ but subsequently extending to the

should be noted that the absence of detailed discussion of the influence of the law in the major works in the varieties of capitalism literature is not the only criticism of this literature. Other criticisms include that it is too static and misses important dynamic elements of economic change, that it neglects the role of the state, and that it ignores political struggles and conflict in generating change. For further discussion, see B Hancke, M Rhodes and M Thatcher, *Beyond Varieties of Capitalism: Conflict, Contradictions, and Complementarities in the European Economy*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

- ²¹ See, eg, B Black, 'Is Corporate Law Trivial? A Political and Economic Analysis' (1990) 84 *NULR* 542; B Black, 'The Legal and Institutional Preconditions for Strong Stock Markets: The Nontriviality of Securities Law' (2000) 55 *Bus Law* 1565; B Cheffins, 'Does Law Matter? The Separation of Ownership and Control in the United Kingdom' (2001) 30 *JLS* 459; B Cheffins, *Corporate Ownership and Control: British Business Transformed*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- ²² Described as '[a]rguably the most important social science research of the past decade': see D Pozen, 'The Regulation of Labor and the Relevance of Legal Origin' (2007) 27 *Comparative Labor Law & Policy Jnl* 43.
- ²³ R La Porta, F Lopez-de-Silanes and A Shleifer, 'Corporate Ownership around the World' (1999) 54 *Jnl of Finance* 471; R La Porta et al, 'Law and Finance' (1998) 106 *Jnl of Political Economy*

regulation of labour markets,²⁴ the authors have argued that different national economic 'styles' can be explained by reference to the 'legal origin' of the country concerned. Others have questioned the importance of legal origins and have, instead, emphasised the importance of politics, culture and geography.²⁵

The argument just outlined suggests that regulatory 'style' in corporate governance is complemented by national style in the regulation of labour. Ahlring and Deakin have noted that the institutions of labour regulation intersect with the mechanisms of corporate governance at two levels: the level of the company (the constitution and governance of the company and the influence of workers in decision-making), and the level of the market (the degree to which employment conditions are centrally regulated across the market generally or are left for self-regulation between employers, unions and workers in particular industries, occupations, sectors or enterprises).²⁶

In liberal market systems the predominant form of worker representation within the corporation, and thus the key instrument of worker influence in business management (corporate governance), is 'voluntarist' in the shape of one or

1113; 'Legal Determinants of External Finance' (1997) 52 *Jnl of Finance* 1131; 'Investor Protection and Corporate Governance' (2000) 58 *Jnl of Financial Economics* 3.

²⁴ J Botero et al, 'The Regulation of Labour' (2004) 119 *Quarterly Journal of Economics* 1339.

²⁵ M Siems, 'Legal Origins: Reconciling Law and Finance and Comparative Law' (2007) 52 *McGill LJ* 55; H Spamann, 'Contemporary Legal Transplants: Legal Families and the Diffusion of Corporate Law', Research Paper, Harvard Law School, 2006. On the influence of politics, see in particular the work of M Roe, *Political Determinants of Corporate Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2003. See also A Licht et al, 'Culture, Law and Corporate Governance' (2005) 25 *Int'l Rev L & Econ* 229. Some other authors question the general importance of law to the emergence of particular corporate governance styles: see Cheffins, above n 21.

²⁶ B Ahlring and S Deakin, 'Labour Regulation, Corporate Governance and Legal Origin: A Case of Institutional Complementarity?' (2007) 41 *L & Soc'y Rev* 865 at 874.

more forms of bargaining. Although there is great diversity in the Legal form of these bargaining systems, and in the extent to which employers are obliged to recognise and to bargain with unions and workers, these forms of bargaining have a relatively limited role in relation to key areas of managerial prerogative. Further, this voluntarism tends to be associated with only a partial regulation of the labour market generally. That is to say that outside of the reach of the bargaining systems, the extent of regulation over minimum terms and conditions tends to be uneven and partial among and between groups and classes of workers.

The co-ordinated market economies on the other hand tend to feature the integration of worker voice into the decision-making structures of business through legally supported mechanisms. These include worker representation on company boards in some European countries, works councils, and laws requiring workers and their representatives to be informed and consulted about business matters. In addition, the regulation of the employment contract through legislation and/or bargained agreements also tends to be more comprehensive in coverage. As a result many of these minimum employment standards take effect as a form of social rights.²⁷

The Ahlring and Deakin schema refers to minority shareholder protection. Minority shareholder protection serves different purposes depending upon whether one is talking about public companies with dispersed shareholdings or other companies, private or public, with concentrated block holdings. In the former case, minority shareholders require protections against management; in the latter they require protection against potential abuse by the majority of shareholders. In those cases where the protections work to protect shareholders in listed

²⁷ Ibid. For another perspective on how the 'style' of labour law may vary as between liberal market and co-ordinated market economies, see M Freedland and N Kountouris, 'Towards a Comparative Theory of the Contractual Construction of Personal Work Relations in Europe' (2008) 37 *ILJ* 49.

companies from over-powerful boards, they will correlate with a more general notion of shareholder protection.²⁸ That is, in these instances the practices associated with minority shareholder protection will work to ensure the company is operated to maximise the value of shareholders' investment, rather than spent or wasted on something else.²⁹ Overall, then, dispersed shareholding is thought to go hand-in-hand with a system in which shareholders occupy a privileged position within corporate governance compared with other stakeholders. Thus, the liberal market version of corporate governance is often said to be characterised by a 'shareholder primacy' or 'shareholder value' norm, with shareholder value being defined with reference to financial metrics such as share price and dividends.³⁰

The research question explored in this article, which is derived from this review of the literature, is whether increased legal protection of shareholders necessarily involves a lesser level of legal protection for workers.³¹ It is important to emphasise that this question does not seek to address the closely related issue as to whether such patterns of worker and shareholder protection have any consequences for economic or social outcomes, such

²⁸ S Deakin, 'Legal Origin, Juridical Form and Industrialisation in Historical Perspective' (2009) 7 *Socio-Economic Review* 35 at 55.

²⁹ P Gourevitch and J Shinn, *Political Power and Corporate Control: The New Global Politics of Corporate Governance*, Princeton University Press, Princeton, 2005, p 43.

³⁰ Armour et al, above n 4; R Mitchell, A O'Donnell and I Ramsay, 'Shareholder Value and Employee Interests: Intersections between Corporate Governance, Corporate Law and Labor Law' (2005) 23 *Wisconsin Int LJ* 417.

³¹ Another research question is whether the link that some scholars have posited between the increasing pursuit of 'shareholder value' and deteriorating outcomes for labour does in fact exist: see, eg, the country studies in Gospel and Pendleton, above n 4 and G Jackson, 'Toward a Comparative Perspective on Corporate Governance and Labour Management', RIETI Discussion Paper Series 04-E-023, Tokyo, 2004.

as earning inequality,³² labour's share of national income,³³ productivity and unemployment³⁴ or stock market development.³⁵ Here, our focus is on the extent to which the data reveal patterns or regularities in terms of the extent to which levels of protection in one domain (say, worker protection) are associated with levels of protection in the other (shareholder protection).

3 LEXIMETRIC RESEARCH

There are a number of ways legal change can be identified and analysed. For the purpose of this research, we employ what has been termed a 'leximetric' methodology to measure changes in the level of worker and shareholder protection. This methodology has been adapted from the pioneering work of La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer and Vishny in a series of articles dealing with corporate finance and ownership³⁶ and then subsequently with

³² O Sjöberg, 'Corporate Governance and Earnings Inequality in the OECD Countries 1979–2000' (2009) 25 *European Sociological Review* 519.

³³ S Deakin, J Malmberg and P Sarkar, 'How Do Labour Laws Affect Unemployment and the Labour Share of National Income — the Experience of Six OECD Countries, 1970–2010' (2014) 153 *International Labour Review* 1.

³⁴ S Deakin and P Sarkar, 'Assessing the Long-Run Economic Impact of Labour Law Systems: A Theoretical Reappraisal and Analysis of New Time Series Data' (2008) 39 *Industrial Relations Jnl* 453.

³⁵ J Amour et al, 'Shareholder Protection and Stock Market Development: An Empirical Test of the Legal Origins Hypothesis' (2009) 6 *J Empirical Legal Stud* 343. In relation to whether shareholder protection influences stock market development, recent research finds that increases in shareholder protection contribute to stock market growth in common law countries and in developing countries but not in civil law countries: S Deakin, P Sarkar and A Singh, 'An End to Consensus? The Selective Impact of Corporate Law Reform on Financial Development', European Corporate Governance Institute Law Working Paper No 182/211, September 2011.

³⁶ R La Porta et al, 'Law and Finance' (1998) 106 *Jnl of Political Economy* 1113. See also R La Porta et al, 'Legal Determinants of External Finance' (1997) 52 *Jnl of Finance* 1131; R La Porta, F

labour law.³⁷ Leximetric methodology is a quantitative approach to measuring law and legal evolution. It was developed, in part, to enable scholars to compare the laws of different countries in order to answer important questions. These include whether the legal origins of countries play a role in the subsequent development of their laws, and their economic institutions, and if so, how.³⁸

From this analysis may come normative conclusions as to whether certain legal systems are 'better' for economic development and growth than others, and why this might be the case.³⁹

Leximetric methodology can assist in answering other types of research questions. It reveals trends over time in legal changes and allows insights into the type of regulatory style adopted. Leximetric methodology has been employed by researchers in a growing number of legal areas including corporate law,⁴⁰ and

Lopez-de-Silanes and A Shleifer, 'Corporate Ownership around the World' (1999) 54 *Jnl of Finance* 471.

³⁷ Botero et al, above n 24.

³⁸ Legal origins theory posits that the underlying style of regulation that is associated with the originating country will persist over time, despite any changes that may be made. A certain 'path dependency' occurs as a result of the complementarity that exists between legal and economic institutions. This ensures that distinct differences that are associated with the different types of legal systems remain, despite alterations made to take account of local conditions. See further Hansmann and Kraakman, above n 13; Bebchuk and Roe, above n 16; Schmidt and Spindler, above n 14.

³⁹ R La Porta, F Lopez-de-Silanes and A Shleifer, 'The Economic Consequences of Legal Origins' (2008) 46 *Jnl of Economic Literature* 285.

⁴⁰ See, eg J Armour et al, 'How Do Legal Rules Evolve? Evidence from a Cross-Country Comparison of Shareholder, Creditor, and Worker Protection' (2009) 57 *Am J Comp L* 579; M Siems, 'Convergence in Corporate Governance: A Leximetric Approach' (2010) 35 *J Corp L* 729; P Lele and M Siems, 'Shareholder Protection: A Leximetric Approach' (2007) 7 *JCLS* 17; M Siems, 'Shareholder Protection around the World ('Leximetric II')' (2008) 33 *Del J Corp L* 111; J Armour et al, 'Shareholder Protection and Stock Market Development: An Empirical Test of the Legal Origins Hypothesis' (2009) 6 *Jnl of Empirical Legal Studies* 343; P Lele and M Siems,

labour law.⁴¹ It has also been used by researchers to examine issues to do with law and financial development,⁴² and the provision of private credit.⁴³

The sophistication of leximetric methodology has advanced significantly in the 15 years since the first studies were published. For example, many studies utilise longitudinal data rather than examining cross-sectional data collected at one point in time. Researchers have also deployed a broader range of variables to measure legal protections. There are nonetheless limitations to leximetric methodology. Siems observes that quantitative legal research can usefully reduce the complexity of legal systems and

'Diversity in Shareholder Protection in Common Law Countries' (2007) 5 *Jnl for Institutional Comparisons* 3; M Siems, 'Shareholder Protection Across Countries — Is the EU on the Right Track?' (2006) 4 *Jnl for Institutional Comparisons* 39; S Deakin et al, 'Legal Origin, Shareholder Protection and the Stock Market: New Challenges from Time Series Analysis' in *The Economics of Corporate Governance and Mergers*, B Yurtoglu and K Gugler (Eds), Edward Elgar, Cheltenham, 2008; M Siems, *Convergence in Shareholder Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008; Anderson et al, above n 1.

- ⁴¹ See, eg, S Deakin and P Sarkar, 'Assessing the Long-Run Economic Impact of Labour Law Systems: A Theoretical Reappraisal and Analysis of New Time-Series Data' (2008) 39 *Industrial Relations Jnl* 453; S Deakin, P Lele and M Siems, 'The Evolution of Labour Law: Calibrating and Comparing Regulatory Regimes' (2007) 146 *International Labour Review* 133; Gahan et al, above n 2; Mitchell et al, above n 2.
- ⁴² P Sarkar and A Singh, 'Law, Finance and Development: Further Analyses of Longitudinal Data' (2010) 34 *Cambridge Jnl of Economics* 325; D Berkowitz, K Pistor and J Richard, 'Economic Development, Legality, and the Transplant Effect' (2003) 47 *European Economic Review* 165; D Berkowitz, K Pistor and J Richard, 'The Transplant Effect' (2003) 51 *Am J Comp L* 163; K Pistor, M Raiser and S Gelfer, 'Law and Finance in Transition Economies' (2000) 8 *Economics of Transition* 325; J Armour et al, 'Law and Financial Development: What We Are Learning from Time Series Evidence' [2009] *Brigham Young University L Rev* 1435; M Siems and S Deakin, 'Comparative Law and Finance: Past, Present and Future Research' (2010) 166 *Jnl of Institutional and Theoretical Economics* 120.
- ⁴³ S Djankov, C McLeish and A Shleifer, 'Private Credit in 129 Countries' (2007) 84 *Jnl of Financial Economics* 299.

more readily allows for comparison between countries and over time.⁴⁴ However, condensing complex laws to a number necessarily involves the exercise of subjective judgment and may result in an arbitrary simplification which can distort reality. Compounding this problem of subjectivity is the concern that coding done by different people in different countries may introduce problems of reliability. The original choice of the items to measure the law is also a subjective matter that may result in some aspects of the system being overlooked or an incorrect judgment being made of the relative strength or weakness of an item.⁴⁵ Moreover, the items and coding process may fail to capture the impact of the 'law in practice' or fail to account for the fact that some other mechanism may compensate for a missing piece of legal protection.⁴⁶

4 THE EVOLUTION OF WORKER AND SHAREHOLDER LEGAL PROTECTION

4.1 Methodology

4.1.1 Worker protection

The worker protection index we use is derived from the index developed by Deakin, Lele and Siems.⁴⁷ It contains 40 items and covers five areas of labour law as follows. First, the regulation of forms of labour contracting other than the standard employment relationship (including matters such as the extent to which the

⁴⁴ M Siems, 'Numerical Comparative Law — Do We Need Statistical Evidence in Order to Reduce Complexity?' (2006) 13 *Cardozo J Int'l & Comp L* 521.

⁴⁵ These limitations and others are noted by Armour et al, 'How Do Legal Rules Evolve?', above n 40; Deakin, Lele and Siems, above n 41.

⁴⁶ M Siems, 'The Web of Creditor and Shareholder Protection in 25 Countries: A Comparative Legal Network Analysis', September 2010, at <<http://ssrn.com/abstract=1537564>> (accessed 28 October 2014).

⁴⁷ Deakin, Lele and Siems, above n 41.

law, as opposed to the contracting parties, determines the legal status of the worker; the extent to which part-time and casual workers have the right to equal treatment with full-time workers; and the extent to which the law constrains the conclusion of a fixed term contract).

Second, the regulation of working time (including matters such as the normal length of paid annual leave guaranteed by law or collective agreement; the normal number of paid public holidays guaranteed by law or collective agreement; the normal premium for overtime work and weekend work set by law or by collective agreements that are generally applicable; and the maximum duration of the normal working week exclusive of overtime).

Third, the regulation of dismissals (including matters such as the extent to which the law imposes procedural and substantive constraints on dismissal; the length of notice, in weeks, that has to be given to a worker with 3 years' employment; the amount of redundancy compensation payable to a worker made redundant after 3 years of employment, measured in weeks of pay; and the period of service required before a worker qualifies for general protection against unjust dismissal).

Fourth, the regulation of worker representation and participation at the workplace (including matters such as the extent to which the employer has a legal duty to bargain with worker representatives and the extent to which the law provides workers with rights to information sharing, consultation or co-determination).

Fifth, the regulation of industrial action (including matters such as whether strikes are not unlawful merely by reason of being unofficial or 'wildcat' strikes; the extent to which secondary or sympathy strike action is constrained; whether lockouts of workers are prohibited; the extent to which there is protection for the right to industrial action (ie, strike, go-slow or work-to-rule); and whether there is a mandatory waiting period or notification requirement before strikes can occur).

Each variable in the worker protection index is coded according to its absence or presence with zero representing the absence of the protection described in the variable and 1 representing its presence. Where appropriate fractional scores such as 0.25, 0.5 and 0.75 are awarded. Each variable is given equal weight in the aggregate index measure. A list of the variables that make up the worker protection index and an explanation of their meaning is available in 'The Labour Market Regulation Index, Australia 1970–2010: Variable Definitions and Description of the Data' (the Australian Labour Market Index).⁴⁸

The coding for worker protection in the United States, the United Kingdom, Germany, France and India that we draw upon has been undertaken by the Cambridge University research team.⁴⁹ The coding of the variables for Australia and the reasons for that coding are outlined in the Australian Labour Market Index.⁵⁰

4.1.2 Shareholder protection

The shareholder protection index that we employ was devised by Lele and Siems.⁵¹ The index adopts a functional approach to shareholder rights rather than focusing on strict legal rights. Therefore the coding includes a broad range of rules affecting shareholders. The rules include not only statutes but also judgments of courts and stock exchange listing rules. This means that our focus is on companies whose securities are listed on a stock exchange.

The index of shareholder rights consists of 60 items in total. It has been divided into two sub-indices — the first measures shareholder protection against various forms of expropriation by

⁴⁸ The worker protection variables are contained in R Mitchell et al, 'The Labour Market Regulation Index, Australia 1970-2010: Variable Definitions and Description of the Data', SSRN, March 2010, at <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1576907> (accessed 28 October 2014).

⁴⁹ Deakin, Lele and Siems, above n 41.

⁵⁰ Mitchell et al, above n 48.

⁵¹ Lele and Siems, 'Shareholder Protection', above n 40.

boards of directors and management and the second measures the protection that shareholders have against other shareholders. Each item is coded by its absence or presence, with a score between 0 and 1 (including fractions such as 0.25, 0.5 and 0.75 where appropriate), to reflect the strength of the law. In addition, each item is given an equal weight in the aggregate index measure.

The first sub-index consists of 42 items that measure the power of shareholders in the general meeting to amend the company constitution and approve or disapprove of mergers, divisions, increases or decreases in share capital, the sale of substantial assets of the company and the payment of dividends. The sub-index also measures whether shareholders have pre-emptive rights in relation to new share issues, whether they are required to approve directors' remuneration, and whether they have the ability to appoint and remove directors, demand extraordinary general meetings, put items on the agenda for meetings of shareholders, appoint proxies, obtain information, and communicate with other shareholders. It also measures the division of power between the board and shareholders, the duration of directors' appointments, the imposition of directors' duties, the applicability of corporate governance codes, and the level of public enforcement of corporate law.

The second sub-index in the shareholder protection index measures the protection that shareholders have against other shareholders. It contains 18 items that measure a number of matters relating to meetings of shareholders including shareholder rights to vote, quorums, supermajority requirements, and cumulative voting rights. The items also measure whether shareholders are required to disclose major share ownership, whether minority shareholders are able to be squeezed out by majority shareholders, whether appraisal rights exist following mergers or alterations of the company constitution, and if there is a remedy available for oppressed minority shareholders. The index also measures whether shareholder protection is mandatory (for example, whether it is possible to exclude the duty of care owed by directors).

As is the case with the coding of worker protection, each variable in the shareholder protection index is coded according to its absence or presence in a range from zero to one with appropriate fractional scores awarded and equal weighting given to each variable. The coding of shareholder protection for the United States, the United Kingdom, Germany, France and India has been undertaken by the Cambridge University research team and we have drawn upon this data for our research.⁵² A list of the variables that make up the shareholder protection index and an explanation of their meaning is contained in 'Shareholder and Creditor Protection Indices — Australia 1970–2010'⁵³ (the Australian Shareholder and Creditor Index). Like the Australian Labour Market Index this document is available online and it contains details of our coding for Australia and the reasons for our coding.

4.2 Results

Figure 1 graphs movements in the aggregate indices measuring worker and shareholder protection over the 35 year period 1970–2005 for each country, while Table 1 reports correlations between them for each country and the statistical significance between these two variables for each country. To enable comparison across each of these indices, fig 1 graphs the z-score for each index, which measures the different indices in a standard (equivalent) way that enables comparison across the indices.⁵⁴

⁵² Armour et al, 'How Do Legal Rules Evolve?', above n 40.

⁵³ H Anderson, M Welsh and I Ramsay, 'Shareholder and Creditor Protection Indices — Australia 1970–2010', 1 February 2011, University of Melbourne Legal Studies Research Paper No 641, at <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2163809>> (accessed 28 October 2014).

⁵⁴ The z-score represents the distance between the raw score and the population mean in units of the standard deviation and is calculated as $z = (x - \mu) / \sigma$, where x is the raw index value for an individual year, μ is the mean value of the index number of all years, and σ is the standard deviation of the index number over all years for which data are observed. A negative z-score means the raw score is below the mean, positive when above.

The graphs for each country in fig 1 clearly evidence strong correlations between levels of worker and shareholder protection at the individual country level. There are a number of distinctive patterns relating to each of the indices we have used.

Examining first worker protection in each country, in all cases except Australia the relative strength of protection as measured by the index has increased over the period, although the extent to which that has occurred varies greatly from country to country. For example in the case of the United States and the United Kingdom — both common law countries — the increase is significantly less than for France and Germany — two civil law countries — and India. In the case of Australia, the level of protection in 2005 is similar to the level of protection in 1970.

The graphs also reveal distinctive periods in which levels of protection alter in an abrupt manner. For example, the early years of the Thatcher conservative government were associated with a dramatic fall in worker protection in the United Kingdom. In Australia (c1993–1996), a major legislative reform, which included the extension of protections for bargaining and against unfair dismissal, was associated with a dramatic increase in the level of protection as measured by the index — an increase that was subsequently reversed following the change of government and a reversal of aspects of these reforms. Similar events appear in the cases of France (c1982), the United States (c1987/8) and, more generally as a trend, in the case of Germany after 1996. These events may have consequences for both the nature of the observed relationship between worker and shareholder protection and the strength of this relationship. For example, the labour law reforms that occurred in Australia between 1993 and 1996 have clearly altered the observed relationship between worker and shareholder protection. This is evident in the correlations reported in Table 1. Over the entire period, the pairwise correlation between our indices for worker and shareholder protection is just 0.089 for Australia, and not statistically significant. However, where we examined the relationship between these two indices for the period prior to 1993, the correlation between them is 0.475 and statistically

significant ($p < 0.05$), suggesting a much stronger positive relationship between shareholder and worker protection over most years since 1970. Nonetheless, this observation strengthens, rather than undermines, the general conclusions we have drawn from this analysis.

In the case of shareholder protection, the results show that in all countries there have been significant increases in the level of protection as measured by the index of shareholder protection. By the end of the period for which we have data, shareholder protection in all countries had experienced increases albeit through different evolutionary trajectories.

This visual assessment is confirmed by the statistical correlations between these index numbers, reported for each country in Table 1.⁵⁵ The relationship between worker and shareholder protection is a positive one⁵⁶ with the exception of the United Kingdom where we report a statistically insignificant negative relationship between these two indices. For the remaining five countries, the relationship between the worker and shareholder protection indices is statistically significant for four countries (with the strongest relationship being for Germany, France and India and the weakest being for the United States). The relationship is positive but statistically insignificant in the case of Australia, although as we note above, the correlation between worker and shareholder protection was positive and significant for the period prior to 1993.

⁵⁵ Table 1 reports the coefficient of correlation (r) between the two indices, which measures the strength of association between two variables and in what fashion (positive or negative). Because both variables are continuous variables we use the Pearson product-moment coefficient of correlation, which estimates a line of best fit between the two variables. The correlation coefficient value $r=0$ indicates no correlation, while $r=1$ would indicate perfect correlation. See A N Evans, *Using Basic Statistics in the Behavioural and Social Sciences*, 5th ed, Sage, Los Angeles, 2014, pp 438–44.

⁵⁶ A positive value indicates the two variables increase and decrease in the same direction while a negative value indicates that the value of the two variables moves in the opposite direction. The statistical significance of the associations is reported in Table 1.

The question asked in this article is whether the heightened promotion or pursuit of legal protections for shareholders is necessarily, or likely to be, associated with a decrease in the level of legal protection for workers. Our data and statistical analysis provide no evidence of such an association. On the basis of the legal rules included in our indices, our results show that increased protection for shareholders has not generally come at the expense of legal protection for workers. If there was in fact such a substitution of one form of protection for the other, we would expect to see statistically negative correlations between the index of worker protection and the index of shareholder protection. In fact, as noted, we generally observe statistically positive correlations, except in the case of Australia where there is a positive but statistically insignificant relationship and in the case of the United Kingdom where there is a negative but statistically insignificant relationship. The abrupt increases and decreases in worker legal protection identified in fig 1 for Australia and the United Kingdom indicate the politically contested nature of worker protection reform in those countries.⁵⁷ These are not matched in terms of political contestability where shareholder protection is concerned as shareholder protection increases over time with less abrupt increases and decreases in both of these countries.⁵⁸

There are nonetheless a number of important caveats that need to be emphasised. To begin with, we caution against making generalisations from these findings to other countries outside the scope of our analysis. As we have noted, even within jurisdictions discrete events and the inherently contested nature of labour law in particular suggest that established relationships between worker and shareholder protection can be reversed, or

⁵⁷ For discussion of the politically contested nature of labour law in Australia, see Mitchell et al, above n 2.

⁵⁸ For discussion of the changes to shareholder protection in Australia, see Anderson et al, above n 1, and for discussion of the changes to shareholder protection in the United Kingdom, see C Bruner, *Corporate Governance in the Common Law World: The Political Foundations of Shareholder Power*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

substantially weakened, as the Australian experience indicates. For this reason it may be the case that should this form of analysis be revisited in a decade from now, different patterns may very well emerge in response to very different economic and institutional challenges.

The analysis is also inherently limited by the number of countries we have been able to include. These countries in part reflect a concern to ensure we have a selection of countries from different legal origins or different varieties of capitalism according to those theoretical traditions, and the feasibility of coding for a more extensive sample of countries. There are of course varieties of capitalism other than those examined by Hall and Soskice⁵⁹ and legal traditions not included in our analysis,⁶⁰ as well as hybrid systems that have evolved to reflect the particular country context in which they have been transplanted.⁶¹ This diversity inevitably makes it difficult to generalise to all countries, across different legal and institutional settings, and over all periods of time.

5 CONCLUSION

We have explored the relationship between formal legal worker and shareholder protection in six countries for the period 1970 to 2005 using leximetric analysis — a quantitative method of measuring changes in the law. For shareholder protection, we measured changes in 60 items and for worker protection we measured changes in 40 items.

⁵⁹ G Jackson and R Deeg, 'Comparing Capitalisms: Understanding Institutional Diversity and Its Implications for International Business' (2008) 39 *Jnl of International Business Studies* 540.

⁶⁰ M Pargendler, 'The Rise and Decline of Legal Families' (2012) 60 *Am J Comp L* 1043.

⁶¹ M Schaper, 'Hybrid Legal Forms at the Gates: The Transition from Combined Legal Forms to Hybrid Corporations and Its Consequences for Creditor Protection' (2013) 10 *ECFR* 75.

Both worker and shareholder protection have increased in five countries — and in the case of Australia, shareholder protection has increased and the level of worker protection in 2005 is similar to the level in 1970. When we examine statistical correlations, we find that the relationship between worker and shareholder protection is a positive one with the exception of the United Kingdom where we report a statistically insignificant negative relationship between these two indices. The findings indicate that for the countries included in our study and over the time period we studied, increased formal legal protection for shareholders is not obtained at the expense of formal legal protection for workers.

Figure 1 Patterns of convergence in worker and shareholder protection indices, 1970–2005

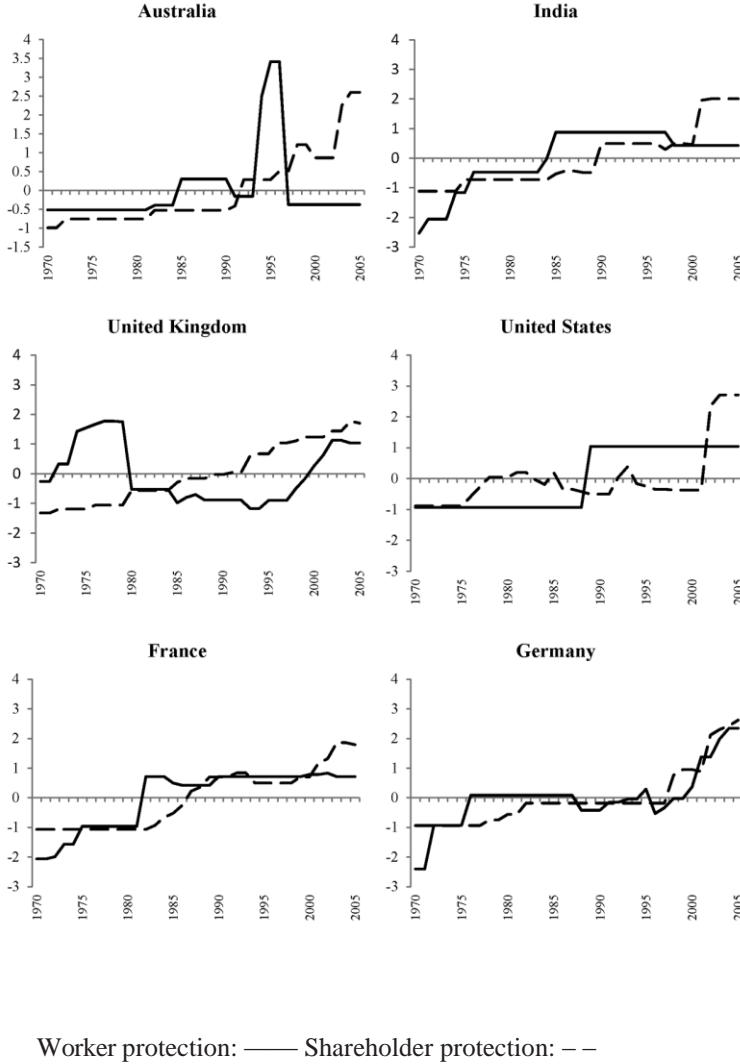


Table 1 Correlations between worker and shareholder protection indices

Country	Correlation	Country	Correlation
<i>Australia</i>	0.089	<i>India</i>	0.591**
<i>France</i>	0.753**	<i>United Kingdom</i>	-0.165
<i>Germany</i>	0.822***	<i>United States</i>	0.384*

Notes:

* Correlation is significant at the 0.1 level, ** 0.05 level and *** 0.01 level.

European economic governance and the labor laws of the E.U. Member States

*Achim Seifert**

COMPARATIVE LABOUR LAW AND POLICY JOURNAL

Volume 35 (2014), pp. 311-329

1 THE CHANGING CHARACTER OF EUROPEAN SOCIAL POLICY

In the words of Article 151(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), European social policy is aiming at “the promotion of employment, improved living and working conditions, so as to make possible their harmonisation while the improvement is being maintained, proper social protection, dialogue between management and labour, the development of human resources, with a view to lasting high employment and the combating of exclusion.”¹ This far-reaching program for social policy the Treaty provides has been realized by numerous legal acts the European Union or its predecessors, i.e., the European Economic Community (EEC) and the European Community (EC), has adopted in the area of labor and employment law and aiming at harmonizing the national legal orders of the Member States. The harmonization, based on the extensive

* Dr. Jur., Professor of Civil Law, German and European Labor Law and Comparative Law at the Friedrich-Schiller-University of Jena, Co-Editor of the *Comparative Labor Law and Policy Journal*.

¹ Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union art. 151, Sept. 5, 2008, 2008 O.J. (C 115) 47 [hereinafter TFEU].

competence catalogue of Article 153(1) and (2) TFEU² and realized by the adoption of Directives³ that establish “minimum requirements” for the Member States,⁴ affects important fields, such as antidiscrimination, fixed-term contracts, part-time work, protection of employees in the case of a transfer of undertakings, health and safety at work, dismissal protection, and information and consultation of employees’ representatives. The European Union has established an extensive set of minimum social standards for the Internal Market and has materialized what Jacques Delors – former President of the European Commission – called an *espace social européen*.

Recent European developments, which have taken place in the wake of the current financial and economic crisis, cast a very dark cloud over these uncontested achievements of European social policy and risk to affect social policy in Europe. As a matter of fact, the mechanisms of European economic law, in particular those adopted during the crisis, invade more and more the national labor and employment laws of the E.U. Member States and put pressure to liberalize their labor markets. The reforms imposed or “recommended” may imply profound and far-going changes of the national collective bargaining system (e.g., the restriction of extensions or the decentralization of bargaining levels), the existing

² In principle, the competence catalogue of Article 153(1) covers almost all working conditions. However, TFEU art. 153 explicitly excludes the most relevant parameter of the labor markets from a harmonization, i.e., the pay. Consequently, the European Union – according to its current competences in the field of social policy – is not enabled to interfere and to regulate from a European perspective for example a moderated wage policy within the Member States.

³ *Id.* art. 288(3) (A directive is “binding, as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods.”). Directives shall be distinguished from regulations, which “shall have general application” and “shall be binding in [their] entirety and directly applicable in all Member States.” *Id.* art. 288(2) For an overview on the legal sources of E.U. Law see DAMIAN CHALMERS, GARETH DAVIES & GIORGIO MONTI, EUROPEAN UNION LAW 98 et seq. (2d. ed. 2010).

⁴ See TFEU art. 153(2)(b).

system of dismissal protection or the national wage policy. By this, the autonomy of European social policy is challenged, and the center of gravity of European Social Policy shifts increasingly to the economic and financial Policy of the European Union.

This growing impact of European economic law on the labor and employment law systems of the Member States is particularly true for those Member States that are the most affected by the financial and economic crisis and that have been receiving financial aids paid by the European Stability Mechanism (ESM) or its predecessors, *inter alia* Cyprus, Greece, Portugal, and Spain. As a matter of fact, these “crisis States” of the Euro area only receive financial aid, if they agree upon a Memorandum of Understanding, to be concluded with the so-called “Troika” – i.e., the Commission of the European Union, the European Central Bank and the International Monetary Fund (IMF) acting together on behalf of the ESM – and imposing them a national reform program that also has an impact on the labor markets.

In addition, many other Member States are becoming increasingly entangled in the web of a social policy imposed to them by the mechanisms of European economic governance like the coordinated economic and budgetary policies of the Member States and the Union. As a result, the national labor and employment laws of the Member States are increasingly at the focus of a coordinated economic and budgetary policy on the European level. To put it in other words, labor and employment law is, to a growing extent, under the custodianship of European economic law and is becoming a province of economic policy.

This Article aims to give a brief overview on this ongoing process in the European Union by which the national labor and employment laws of the Member States are increasingly subordinated to the European mechanisms of economic governance. Part II presents the main pillars of the reformed European economic governance and their impact on the laws of the Member States. Part III deals with the question where the E.U. Treaties and the E.U. Charter of Fundamental rights draw the line to this recent development.

2 THE REVISED SYSTEM OF EUROPEAN ECONOMIC GOVERNANCE

The European system of economic governance established by the Treaties is based on different pillars. One of its core elements is the coordination of the economic policies of the E.U. Member States according to the procedure provided in Article 121 of the TFEU. The aim of this coordination of national economic policies is to safeguard stability and growth through a convergence of economic policies of Member States. This coordination procedure has been strengthened in the aftermath of the crisis by the establishing of a “European Semester.” Another pillar of the European economic governance is a specific procedure to prevent and correct macroeconomic imbalances in the Member States the European Union has introduced in 2011, in the context of the so-called “Six Pack” – a reform package comprising six legal acts of the European Union and profoundly reforming the system of European economic governance. A third pillar is the control of the budgetary discipline in the Member States, in particular the obligation to avoid budgetary deficits, provided by Article 126 of the TFEU.

All these mechanisms are parts of the European Stability and Growth Pact. Beyond these mechanisms belonging to E.U. law, the Members of the Euro area have established a specific crisis mechanism for Members, the ESM, which is based on a Treaty between the Members of the Euro area and provides the involvement of the European Commission and the European Central Bank as two bodies of the European Union.⁵ All these mechanisms of European economic governance have an impact on the national labor laws of E.U. Member States.

⁵ The Commission is the guardian of the Union law. It oversees the application of the Union law under the control of the European Court of Justice and has, among numerous powers conferred to it by the Treaties, the general task to exercise coordinating, executive and managing functions as laid down in the Treaties. Art. 17 of the Treaty on European Union (TEU). For an overview on the functions of the Commission see CHALMERS, DAVIES & MONTI, *supra* note 3, at 58.

2.1 Coordination of the Economic Policies of the Member States

2.1.1 The Coordination Procedure According to Article 121 of the TFEU

In principle, economic policy does not fall within the powers of the European Union. However, as Article 121(1) of the TFEU points out, “Member States shall regard their economic policies as a matter of common concern and shall coordinate them[.]”⁶The coordination procedure goes back to the Maastricht Treaty of 1992 and is essentially characterized by the fact that the coordination “broad Guidelines” established by the European Union are not legally binding and are therefore soft law. This also applies to the employment policies of the Member States that are also coordinated in a soft law procedure under Article 148 of the TFEU.⁷ Both fields submitted to coordination are narrowly interlinked because the Guidelines on employment policy, to be taken into account by the Member States, “shall be consistent with the broad guidelines adopted pursuant to the procedure of Article 121(2)” for the coordination of the economic policies of the Member States.⁸

The coordination of the economic policies is realized through the elaboration of so-called “broad Guidelines of the economic policies of the Member States and the Union” that are not legally binding for the Member States because they only have the legal value of recommendations.⁹ On the recommendation of the Commission, the Council – in this case the Economic and Financial Affairs Council (ECOFIN)¹⁰ – “shall ... formulate a draft for the broad guidelines ...

⁶ TFEU art. 121(1).

⁷ *Id.* art. 148.

⁸ *Id.* art. 148(2).

⁹ *Cf. id.* art. 121(2)(3) and *id.* art. 288(5).

¹⁰ The Council consists of a representative of each Member State at Ministerial level – therefore, in the case of the coordination of economic and budgetary policies under Articles 121 and 126, the Ministers of Financial Affairs of all Member States – and shall, jointly with the

and shall report its findings to the European Council.”¹¹ The Council’s report shall be the basis for the discussions within the European Council on a conclusion concerning the guidelines. The latter throws the ball back to the Council, which shall adopt – on the basis of the European Council’s conclusion – a recommendation setting out these broad Guidelines of the economic policies.¹² Therefore, the European Parliament (EP) – the representative body of the peoples of the E.U. Member States – is not involved in the drafting of the broad guidelines.¹³ The EP is only informed by the Council on the recommendations and on the results of the multilateral monitoring.¹⁴

The monitoring of these Council recommendations is carried out by the Council itself on the basis of reports submitted by the Commission.¹⁵ The monitoring mechanisms that Article 121 provides are only of a very limited effect because the Commission and the Council can only address recommendations to the Member States not complying with the guidelines. Thus, the Treaty does not allow for a judicial enforcement of the coordinated economic policy; e.g., through an infringement procedure under Article 258, before the European Court of Justice.

European Parliament, exercise legislative and budgetary functions and carry out policy-making and coordinating functions. TEU art. 16(1). For a more detailed analysis, see CHALMERS, DAVIES & MONTI, *supra* note 3, at 67.

¹¹ TFEU art. 121(2)(1). The European Council consists of the Heads of State or Government of the Member States, together with its President and the President of the Commission and “shall provide the Union with the necessary impetus for its development and shall define the general political directions and priorities thereof.” TEU art. 15. Contrary to the Council of Ministers, the European Council does not exercise legislative functions. *Id.* For a fuller analysis, see CHALMERS, DAVIES & MONTI, *supra* note 3, at 75.

¹² TFEU art. 121(2)(3).

¹³ See TEU art. 14(2). For more details on the European Parliament, see CHALMERS, DAVIES & MONTI, *supra* note 3, at 81.

¹⁴ See TFEU art. 121(2)(3), (5).

¹⁵ *Id.* art. 121(3)(1).

2.1.2 Recent Reforms Strengthening the Coordination Procedure

As a result of the current financial and economic crisis, the coordination procedure of Article 121 has been strengthened by the European Union through the establishment of a so-called “European Semester.” This reform goes back to the “Strategy Europe 2020,” and it has been established by the ECOFIN Council by a decision of December 6, 2010 without any change of the Treaties.¹⁶ The “European Semester” bundles the coordination of the economic policies and of the budget policies of the Member States and essentially consists of a six-month cycle, during which the economic and budgetary policies of the E.U. Member States shall be coordinated.¹⁷

The procedure starts with the Commission’s Annual Growth Survey setting out E.U. priorities for the coming year to boost growth and job creation and usually presented at the beginning of each year.¹⁸ On the basis of this Commission Survey, the European Council decides in March of each year about the E.U. guidelines for national policies. In April, the Member States submit their national budgetary plans and reform measures. These national plans are assessed by the Commission until June, and, if necessary, the Commission presents country-specific recommendations to be discussed within the ECOFIN Council and to be endorsed by the European Council. At the end of June or in early July, the ECOFIN Council decides upon the country-specific recommendations addressed to the Member States.

¹⁶ See also *Europe 2020: A European Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth*, COM (2010) 2020 final (Mar. 3, 2010). For an overview, see Nicolas de Sadeleer, *The New Architecture of the European Economic Governance: A Leviathan or a Flat-Footed Colossus?*, 19 J. COMP. E.U. L. 353, 363–66 (2012).

¹⁷ For an overview on the coordination of the budgetary policies of the Member States as provided in Article 126, see *infra* Part II.C.

¹⁸ See, e.g., *Annual Growth Survey 2014*, COM (2013) 800 final (Nov. 13, 2013), available at http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/2014/ags2014_en.pdf.

These country-specific recommendations may also provide reforms in the area of labor or employment law.¹⁹ For example, in 2012, the Council issued a recommendation for France in which it has suggested to undertake further reforms in order to combat labor market segmentation, and, in particular, to revisit the existing French system of dismissal protection and to increase the legal minimum wage only in a moderate way.²⁰ Similar examples exist for other Member States. The country-specific recommendations remain, however, rather abstract and only determine the areas and direction of reforms without specifying concrete reform plans. In this respect, the country-specific recommendations of the Council do not go as far as the reform programs set out in the Memoranda of Understanding concluded between a Member State and the “Troika.”²¹

Noncompliance with these recommendations cannot be sanctioned. Insofar, the above said on the coordination of the economy policies also apply to the monitoring procedure according to the “European Semester.”

2.2 The Prevention and Correction of Macroeconomic Imbalances

The European Union has also established a specific procedure to prevent and correct macroeconomic imbalances in the Member States. This procedure is based on Regulations No. 1176/2011 and No. 1174/2011.²² Both Regulations belong to a reform package of

¹⁹ All country-specific recommendations are available at EUROPEAN COMMISSION, *Country-Specific Recommendations 2013*, http://ec.europa.eu/europe2020/making-it-happen/country-specific-recommendations/index_en.htm (last revised Mar. 5, 2014).

²⁰ See *Council Recommendation, National Reform Programme 2012 of France and Delivering a Council Opinion on the Stability Programme of France, 2012–2016*, 31, COM (2012) 313 final (May 30, 2012) [hereinafter *National Reform Programme 2012 of France*].

²¹ For more details on the Memoranda of Understanding see *infra* Part II.D.

²² Regulation 1174/2011, Enforcement Measures to Correct Excessive Macroeconomic Imbalances in the Euro Area, 2011 O.J. (L 306/8);

six legal acts reforming the Pact for Stability and Growth and usually called “Six Pack.”²³

Regulation No. 1176/2011 provides a European legal framework for “the detection of macroeconomic imbalances within the Union” and institutionalizes a procedure aiming at avoiding the emergence of macroeconomic imbalances in the Member States through the establishing of an alert mechanism.²⁴ The whole procedure is embedded in the coordination of the economic policies of the Member States and the Union under Article 121 of the TFEU.

For this purpose, an alert mechanism is established “to facilitate the early identification and the monitoring of imbalances.”²⁵ The Commission has the task to identify Member States being at risk of being affected by macroeconomic imbalances.²⁶ If, on a basis of an in depth analysis, the Commission considers that a Member State is experiencing imbalances,²⁷ the European Council, on the proposition of the Commission, “may address the necessary recommendations to the Member State concerned.”²⁸ The Member

Regulation 1176/2011, Prevention and Correction of Macroeconomic Imbalances, 2011 O.J. (L 306/25).

²³ For a fuller analysis of the “Six Pack” reforms see Dariusz Adamski, *National Power Games and Structural Failures in the European Macroeconomic Governance*, 49 COMMON MKT. L. REV. 1319, 1351–56 (2012); Albrecht Weber, *Die Reform der Wirtschafts – und Währungsunion in der Finanzkrise*, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, 935, 936 (2011) (Ger.); Carlino Antpöhler, *Emergenz der Europäischen Wirtschaftsregierung: Das Six Pack als Zeichen supranationaler Leistungsfähigkeit*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)* 353 (2012) (Ger.); cf. Jürgen Bast & Florian Rödl, *Jenseits der Koordinierung? Zu den Grenzen der EU-Verträge für eine Europäische Wirtschaftsregierung*, in: *Europäische Grundrechtezeitschrift (EuGRZ)* 269 (2012) (Ger.).

²⁴ Regulation 1174/2011, art. 1(1); Regulation 1176/2011.

²⁵ Regulation 1176/2011, art. 3(1).

²⁶ *Id.* art. 3(2), (3).

²⁷ For the criteria concerning the detection of macroeconomic imbalances see *id.* art. 3 et seq.

²⁸ *Id.* art. 6(1).

State concerned shall submit a “Corrective action plan” that “set[s] out the specific policy actions the Member State concerned has implemented or intends to implement” to remedy the excessive macroeconomic imbalance.²⁹ The “corrective action plan” shall be approved by the Council, if necessary, after amendments.³⁰ Such “corrective action plans” may include labor and employment law reforms. One prominent example is France for which the Commission identified a macroeconomic imbalance on November 23, 2011. In 2012, the Council recommended *inter alia* to introduce further reforms to combat labor market segmentation by reviewing selected aspects of employment protection legislation, in particular related to dismissals and to continue to ensure that any development in the minimum wage is supportive of job creation and of competitiveness.³¹ Similar recommendations have been addressed to Italy.

The monitoring procedure is set out in Regulation No. 1174/2011 in the Euro area whose sanction system applies, however, only to the Members of the Euro area.³² In the event that a Council decision establishing noncompliance with a specific country-recommendation has been adopted, an interest-bearing deposit amounting to 0.1% of the GDP in the preceding year of the Member State concerned shall be imposed.³³ The Council can even impose an annual fine amounting to 0.1% of the GDP when the Member State does not comply with the Council’s recommendations repeatedly.³⁴ Article 3(3) of the Regulation deems the adoption of a Council decision unless the Council decides, by qualified majority, to reject the recommendation within ten days of its adoption by the Commission that facilitates the decision-making process within the Council considerably. It is, however, interesting to note that this

²⁹ *Id.* art. 8(1).

³⁰ *Id.* art. 9.

³¹ *Cf. National Reform Programme 2012 of France, supra* note 20.

³² Regulation 1174/2011 on establishing enforcement measures to correct excessive macro-economic imbalances in the Euro Area, art. 1(2).

³³ *Id.* art. 3(1), (5).

³⁴ *Id.* art. 3(2), (5).

monitoring procedure provided by Regulation No. 1174/2011 has not been applied until now.

2.3 Control of the Budgetary Policy of the Member States

Another pillar of the European economic governance is the control of budgetary policy and discipline in the Member States. This regime has been adopted as part of the Stability and Growth Pact of 1997 and has essentially been concretized at the level of E.U. secondary law through Regulation No. 1466/97 of July 7, 1997 on the strengthening of the surveillance of budgetary positions and the surveillance and coordination of economic policies.³⁵ This system has considerably been reformed over the last years. Only a few observations will suffice in the present context.

The legal basis of the control of the national budgetary policies lies in Article 126 of the TFEU, which provides convergence criteria for the budgetary policy in the Member States and a “Deficit Procedure” in case that a Member State does not comply with the recommendations addressed by the European Union to them. In this context, the Union also can recommend budgetary rules that have an impact on labor and employment law. Thus, the Union has repeatedly recommended to Member States to cut wages or to repeal certain benefits, such as holiday pays or Christmas bonuses for employees of the public sector and civil servants.³⁶

³⁵ Council Regulations 1466/97, Strengthening of the Surveillance of Budgetary Positions and the Surveillance and Coordination of Economic Policies, 1997 O.J. (L 209).

³⁶ See, e.g., Council Decision 2011/791, Amending Decision 2011/734/EU Addressed to Greece with a View to Reinforcing and Deepening Fiscal Surveillance and Giving Notice to Greece to Take Measures for the Deficit Reduction Judged Necessary to Remedy the Situation of Excessive Deficit, 2011 O.J. (L 145), 6. This Council Decision recommended to Greece to cut the yearly expenses for the civil servants’ Easter Holiday and Christmas bonus by €1.5 billion until June 2010.

The already mentioned “Six Pack” of 2011 has considerably intensified the control of the Member States budgetary policies.³⁷ As a matter of fact, also in the event of noncompliance with Council recommendations an annual fine or an interest-bearing deposit can be imposed to the Member State concerned.³⁸ With the Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union (“Fiscal Compact”), which was concluded as Treaty between the E.U. Member States under international law and has entered into force on January 1, 2013, the procedure has been even more intensified.³⁹ It essentially requires the national Parliaments to balance their national budgets and to avoid government deficits exceeding 0.5% of the Member State’s national GDP; this principle shall take effect in the national law of the Contracting Parties, preferably on constitutional level.⁴⁰ Its respect may be enforced by the European Court of Justice, which is authorized to impose financial sanctions against the Member State concerned.⁴¹ A Member State that is subject to an excessive deficit procedure under the TFEU “shall put in place a budgetary and economic partnership programme including a detailed description of the structural reforms which must be put in place and implemented to ensure an effective and durable correction of its excessive deficit.”⁴² The establishing of

³⁷ For an overview see Weber, *supra* note 23, at 935.

³⁸ See Regulation 1173/2011, The Effective Enforcement of Budgetary Surveillance in the Euro Area, 2011 O.J. (L 306) 1.

³⁹ For an assessment of the Fiscal Compact see Nicolas de Sadeleer, *The New Architecture of the European Economic Governance: A Leviathan or a Flat-Footed Colossus?*, 19 MAASTRICHT J. COMP. & E.U. L., 354, 370 (2012).

⁴⁰ TREATY ON STABILITY, COORDINATION AND GOVERNANCE IN THE ECONOMIC AND MONETARY UNION, http://european-council.europa.eu/media/639235/st00tscg26_en12.pdf (last visited Mar. 16, 2014). For an example of such a reform agenda see GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF SLOVENIA, ECONOMIC PARTNERSHIP PROGRAMME, art. 3.2 (Oct. 2013), available at www.mf.gov.si/fileadmin/mf.gov.si/pageuploads/mediji/2013/20131001_PEP2013_final_ENG.pdf, which comprises provisions on public sector wages and on labor market reforms. *Id.* art.1.2, 2.

⁴¹ For the details see TREATY ON STABILITY, COORDINATION AND GOVERNANCE IN THE ECONOMIC AND MONETARY UNION, *supra* note 41, art. 8.

⁴² See *id.* art. 5.1.

such a national reform program is embedded in the already existing monitoring procedure under the Stability and Growth Pact.⁴³ Both, the Commission and the Council, authorize the national reform program and monitor its implementation.⁴⁴

These national “budgetary and economic partnership programmes” may provide reforms in the area of labor and employment law. Thus, Consideration No. 20 of Regulation 1176/2011 explicitly provides that the policy response “should be tailored to the specific environment and circumstances of the Member State concerned and should cover the main economic policy areas, potentially including fiscal and wage policies” and “labor markets.”⁴⁵ This means that collective bargaining on wages and other working conditions, the extension of collective agreements, the statutory regime of dismissal protection or other parts of labor and employment law may be affected by Council Recommendations adopted on the basis of Regulation 1176/2011.

Some elements of the 2012 Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union, the so-called European Fiscal Compact, have been transferred into E.U. law by the so-called “Two-pack” of May 2013. This is the case, for instance, with the Member States’ obligation to present a national reform program in the event that an excessive deficit procedure has been introduced.⁴⁶

⁴³ TFEU art. 121.

⁴⁴ Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union, *supra* note 41, art. 5(2).

⁴⁵ Regulation 1176/2011, Prevention and Correction of Macroeconomic Imbalances, 2011 O.J. (L 306), 25.

⁴⁶ Cf. Regulation 472/2013, Strengthening of Economic and Budgetary Surveillance of Member States in the Euro Area Experiencing or Threatened with Serious Difficulties with Respect to Their Financial Stability, 2013 O.J. (L 140), 1; Regulation 473/2013, Common Provisions for Monitoring and Assessing Draft Budgetary Plans and Ensuring the Correction of Excessive Deficit of the Member States in the Euro Area, 2013 O.J.(L 140), 11.

2.4 The European Stability Mechanism

A specific crisis mechanism has been established for the Member States that are participating in the Euro area. The European Stability Mechanism (ESM), established in 2011 through an international Treaty between those E.U. Member States that are at the same time Members of the Euro area,⁴⁷ has replaced the European Financial Stability Facility (EFSF) and the European Finance Stability Mechanism (EFSM); both institutions were conceived only as temporary mechanisms for the management of financial crises in Member States of the Euro area.⁴⁸

The ESM is not an institution belonging to the European Union in the strict sense of the term. As already pointed out, its legal basis is a Treaty governed by the rules of international law and concluded by the Member States of the Euro area. However, the ESM Treaty is interlinked with E.U. law. As a matter of fact, Article 136(3) of the TFEU, integrated into the Treaty through Article 1 of the Council Resolution 2011/199 of March 25, 2011, authorizes the Member

⁴⁷ Treaty Establishing the European Stability Mechanism (ESM Treaty) of February 2, 2012, signed by the following E.U. Member States: Austria, Belgium, Cyprus, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Ireland, Italy, Luxembourg, Malta, The Netherlands, Portugal, Slovakia, Slovenia, and Spain. For a fuller analysis of the content of the ESM Treaty and its impact see, e.g., Matthias Ruffert, *The European Debt Crisis and European Union Law*, 48 COMMON MKT. L. REV. 1777, 1782 (2011). More information on the activities of the ESM is available at the ESM, <http://www.esm.europa.eu/index.htm> (last visited Mar. 16, 2014).

⁴⁸ The EFSM has been established by Regulation, 407/2010, Establishing a European Financial Stability Mechanism, 2010 O.J. (L 118), 1; for a more in-depth analysis see Weber, *supra* note 23, at 935, 937 with further references. In contrast, the EFSF has been established by the Members of the Eurozone as corporation (*société anonyme*) under Luxembourgish law. This proceeding is lawful because Union law does not prevent the Member States from concluding contracts under private law. See Weber, *supra* note 23, at 937; Daniel Thym, Euro-Rettungsschirm: zwischenstaatliche Rechtskonstruktion und verfassungsgerichtliche Kontrolle, in *EuZW* 2011, 167, at 168 (Ger.). For an assessment of the impact of the EFSM, see Ruffert, *supra* note 47, at 1778–82.

States of the Euro area to establish a stability mechanism.⁴⁹ The European Court of Justice has ruled in its Plenary session in *Thomas Pringle* that the establishing of the ESM is in line with E.U. law.⁵⁰

The ESM is governed by a Board of Governors, composed of the Ministers of Finance of the Euro area.⁵¹ It is authorized to grant stability support to an ESM Member in the form of a “financial assistance facility.”⁵² In the case of Spain, the ESM disbursed more than €40 billion in order to recapitalize Spanish banks whereas Cyprus benefitted from a package of financial assistance by the ESM amounting to €9 billion. If such a decision to grant stability support has been adopted, “the Board of Governors shall entrust the European Commission – in liaison with the European Central Bank and, wherever possible, together with the IMF – with the task of negotiating, with the ESM Member concerned, a Memorandum of Understanding detailing the conditionality attached to the financial assistance facility.”⁵³ These Memoranda of Understanding, contractual agreements between the so-called “Troika” and the requesting Member State, establish an extensive reform program with a precise calendar for the Member States concerned and subordinate them to very severe and profound changes in their national economic and social policies. The reform programs imposed by the Memoranda of Understanding are to be fully consistent with E.U. law and, in particular, with the coordination of economic policy.⁵⁴ Thus, they are bundled with the coordinated

⁴⁹ European Council Decision Amending Article 136 of the Treaty on the Functioning of the European Union with regard to a Stability Mechanism for Member States Whose Currency is the Euro, 2011 O.J.(L 91), 1. The amendment of the TFEU has been adopted according to the simplified Treaty revision procedure under Article 48(6) of the TEU.

⁵⁰ *Cf. Case C-370/12, Thomas Pringle v. Gov’t of Ireland*, 2012 (not yet published).

⁵¹ TREATY ON STABILITY, COORDINATION AND GOVERNANCE IN THE ECONOMIC AND MONETARY UNION, *supra* note 41, art. 5(1).

⁵² *Cf. id.* art. 13(1), (2).

⁵³ *See id.* art. 13(3).

⁵⁴ *See id.*

economic and social policies of the Member States under Article 121 and Article 148 of the TFEU.

Even though the ESM Treaty does not explicitly address labor and employment law Reforms that are to be realized by the Members receiving financial aids from the ESM, labor market reforms and “adaptations” of the social security systems of the affected Members possess a prominent place in the Memoranda of Understanding the “Troika” is concluding with them. Thus, these agreements enumerate in a detailed way far-reaching reforms e.g., in the area of dismissal protection, of collective bargaining, wages etc.⁵⁵ As Antonio Monteiro Fernandes points out in his contribution on Portugal, the “Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality” of May 3, 2011 requires inter alia a “controlled decentralization” of the collective bargaining system, a restrictive practice of extensions of collective agreements, a reduction of the level of dismissal protection, the establishing of a cap for severance pays in case of dismissals and a flexibilization of the working time.⁵⁶ With regard to Spain, a similar reform agenda can be observed.⁵⁷ As to Greece and Cyprus, Yannakourou and Tsempoukis demonstrate a similar impact of the Memoranda of Understanding these two Member States have concluded with the “Troika.”⁵⁸

The ESM procedure is essentially characterized by an interaction between rules of public international law the Members of the Euro

⁵⁵ E.g., *The Economic Adjustment Programme for Cyprus*, COM (2013), 52 (May 2013), available at <http://www.esm.europa.eu/pdf/The%20Economic%20Adjustment%20Programme%20for%20Cyprus.pdf>.

⁵⁶ See António Monteiro Fernandes, *Regressive Labor Legislation – The Magic Potion for All Crises: The Case of Portugal*, 35 COMP. LAB. L. & POL’Y J. 397 (2014).

⁵⁷ See José Luis Gil y Gil, *Strengthening the Power of Dismissal in Recent Labor Reforms in Spain*, 35 COMP. LAB. L. & POL’Y J. 413 (2014).

⁵⁸ See Matina Yannakourou & Chronis Tsempoukis, *Flexibility Without Security and Deconstruction of Collective Bargaining: The New Paradigm of Labor Law in Greece*, 35 COMP. LAB. L. & POL’Y J. 331 (2014).

area have established and E.U. law. E.U. bodies such as the Commission, which is the “Guardian of the Treaties,” and the European Central Bank are “lent” by institutions established by international Treaty that are not submitted to the rules of E.U. law. However unusual this construction may appear, the European Court of Justice, in its plenary decision in *Thomas Pringle*, has considered that this model is in line with E.U. law.⁵⁹ Nonetheless, a major concern remains that the European Commission as well as the European Central Bank, in acting for the ESM (e.g., in concluding a Memorandum of Understanding), may be tempted not to fully respect E.U. law.

3 LEGAL BOUNDARIES

This raises the important question of the legal boundaries the mechanisms of European economic governance shall respect. The question merits a more in-depth analysis than it can be done here. However, two aspects may be distinguished that may legally limit the activities of E.U. bodies in favor of the described labor market reforms in the Member States: Subpart A discusses the limited competences of the European Union and Subpart B discusses the guarantee of the fundamental rights of employees as enshrined in the Charter of fundamental rights of the European Union.

3.1 Limited Competences of the Union

The European Union does not have global competence in economic, financial, and social affairs. Competences not conferred upon the Union in the Treaties remain with the Member States. Thus, the principle of conferred powers applies to the European Union.⁶⁰ As far as the mechanisms of E.U. economic governance and their

⁵⁹ Case C-370/12, *Thomas Pringle v. Gov’t of Ireland*, 2012 (not yet published).

⁶⁰ *Cf.* TFEU art. 5. For an overview on the doctrine of conferred powers in E.U. law see CHALMERS, DAVIES & MONTI, *supra* note 3, at 211 with further references.

influence on the labor and employment laws of the Member States are concerned, the E.U. competence may be in part challenged for two reasons.

On the one hand, it is arguable whether the Union has the competence to establish sanctions for the noncompliance of Member States with country-specific Recommendations of the Council in the context of the coordinated economic policy under Article 121 of the TFEU. As has been pointed out above,⁶¹ Regulation 1174/2011 provides an implementation procedure that allows the European Union to impose financial sanctions toward Member States for not having implemented the recommendations. This sanction system has no legal basis in the TFEU.⁶² As a matter of fact, Article 121(6) of the TFEU on which Regulation 1174/2011 is based, only authorizes the European Parliament and the Council to determine the details of the multilateral monitoring under Article 121(3) of the TFEU. In particular, Article 121(4) of the TFEU limits potential sanctions against Member States for noncompliance with the broad Guidelines on economic policy to a warning and to recommendations that may be made public by the Council. Imposing of an interest-bearing deposit or of an annual fine, as allowed by Article 3(2) and (5) of the Regulation 1174/2011, has no legal basis at all in the Treaties. It is, therefore, not legally possible to impose sanctions against Member States for not having complied with Council recommendations, e.g., on national wage policy or on reforms of the existing system of collective bargaining or dismissal protection.

On the other hand, the European Union does not have the competence to interfere in the field of wage policy. As a matter of fact, the Union has no competence to harmonize the laws of the Member States concerning wages.⁶³ A European wage policy is therefore explicitly excluded. Indeed, Article 153(5) of the TFEU only

⁶¹ See *supra* Part II.C.

⁶² See Ruffert, *supra* note 47, at 1800; see also Bast & Rödl, *supra* note 23, at 270; Weber, *supra* note 23, at 936.

⁶³ TFEU art. 153(5).

excludes a harmonization in this field whereas the country-specific recommendations on wage policy in the context of the coordination of economic policies under Article 121 of the TFEU only address the situation in particular Member States. However, these country-specific recommendations are underlying a kind of wage policy model of the Union and its organs that are to be implemented in all Member States: Thus, there is a risk that Article 153(5) of the TFEU is going to be circumvented by the coordination of economic policies of the Member States and the Union under Article 121 of the TFEU; in coordinating the economic policies of the Member States, the Union is very close to a harmonization of the national wage policies. These doubts also apply to the Commission's and ECB's activities as parts of the so-called "Troika," when they negotiate Memoranda of Understanding with Members of the ESM.

3.2 Fundamental Rights as a Protective Barrier

As the instruments of European economic governance may have far-reaching impacts on the national labor and employment laws of Member States, the question has to be raised up to what extent the fundamental rights of employees as enshrined in the E.U. Charter of Fundamental rights may build a protective barrier.

3.2.1 Applicability of the Charter's Fundamental Rights

The rights, freedoms, and principles set out in the Charter have the same legal value as the Treaties.⁶⁴ Therefore, the social fundamental rights and principles enshrined in the Charter chapter on "Solidarity" are to be respected by the Union when adopting rules on the monitoring of the coordination of economic policies under Article 121 of the TFEU or negotiating Memoranda of Understanding with Members of the ESM requesting a financial facility. Recommendations, in the context of Article 121 of the TFEU or the imposing of labor and employment law reforms through Memoranda of Understanding, may affect fundamental rights guaranteed in the

⁶⁴ TEU art. 6(1).

E.U. Charter of Fundamental Rights such as the right to collective bargaining and collective actions, the right to protection in the event of unjustified dismissal, or the right to fair and just working conditions.⁶⁵

According to Article 51(1), the provisions of the Charter are only addressed to the institutions, bodies, offices, and agencies of the Union with due regard for the principle of Subsidiarity and to the Member States only when they are implementing Union law. As far as national implementation measures of a Memorandum of Understanding with the “Troika” is concerned, the European Court of Justice had to deal with this question in the preliminary ruling proceeding, *Sindicato Bancário do Norte*, coming up from a Portuguese Court. The case addressed the question whether a national Act implementing the Memorandum of Understanding Portugal has concluded with the “Troika” in 2011 is in line with the right to equal treatment (Article 21 of the Charter) and the right to fair and just working conditions (Article 31 of the Charter), that the preliminary proceeding was inadmissible.⁶⁶ The Court rejected the request for a preliminary ruling with the argument that the provisions of the Portuguese Budget Act under consideration were not implementing Union law in the sense of Article 51(1), and, therefore, the Court considered that the fundamental rights of the E.U. Charter do not bind the Portuguese legislator because the statutory provisions at stake do not fall within the scope of E.U. law.⁶⁷ The decision of the European Court of Justice in *Sindicato Bancário do Norte* makes clear that an effective control of reform programs provided by Memoranda of Understanding and imposed by the “Troika” will not succeed.

⁶⁵ Charter of Fundamental Rights of European Union, 2000 O.J. (C 364), arts. 28, 30, and 31.

⁶⁶ Case C-128/12, 2013 E.C.R. (The preliminary ruling proceeding referred to the Portuguese Budget Act for 2011, adopted on December 31, 2010, which considerably cut the wages of the public sector. Lei No. 55-A/2010, Lei do Orçamento de Estado [Budget of the State] ¶ 2011 (Port.).)

⁶⁷ *Id.*

This does not mean, however, that the fundamental rights enshrined in the Charter do not limit measures in the context of the E.U. economic governance at all. The Commission and the Council as institutions of the European Union are bound by the fundamental rights of the Charter when drafting or adopting country-specific recommendations under Regulation 1176/2011. The same applies to the Commission and the European Central Bank as Members of the “Troika” when negotiating a Memorandum of Understanding with a State that requests financial aid from the ESM. The fact that both institutions of the Union are acting on behalf of the ESM – a body established by an international Treaty and not belonging to the Union – does not contradict this. As a matter of fact, the European Union and its institutions cannot elude their obligations resulting from the E.U. Charter of Fundamental Rights through a “lending” of the Commission and the ECB to other administrative bodies beyond the European Union.⁶⁸ Acting in the framework of the ESM, they remain bodies under E.U. law.

Country-specific recommendations under Regulation 1176/2011 and Memoranda of Understanding – stipulating concrete reform agendas for the Member State concerned – may limit fundamental rights even though the individual sphere is only affected by the national measures implementing the recommendations or the reform program provided by a Memorandum of Understanding.⁶⁹ As far as country-specific recommendations under Regulation 1176/2011 are concerned, this results from the sanctions the Union can infringe in the case of their nonrespect on the basis of the

⁶⁸ In this sense, the View of Advocate General Juliane Kokott of October 26, 2012, C-370/12, § 176 with regard to the acting of the European Commission on behalf of the ESM; see also Andreas Fischer-Lescano, *Austeritätspolitik und Menschenrechte: Rechtspflichten der Unionsorgane beim Abschluss von Memoranda of Understanding, Rechtsgutachten im Auftrag der Kammer für Arbeiter/innen und Angestellte Wien [Legal opinion for the Labor Chamber of Vienna]*, at 10 (forthcoming 2014), available at <http://www.jura.uni-bremen.de/personen/andreas-fischer-lescano/publikationen/>.

⁶⁹ For a more in-depth analysis of this question see Fischer-Lescano, *supra* note 68.

provisions of the Regulation 1174/2011. The Memoranda of Understanding between a “crisis State and the “Troika” can put the Member States concerned under financial pressure because the financial aid of the ESM is conditioned by the acceptance of the stipulated reform program, and, without the financial support of the ESM, these States would become insolvent. The mere fact that the Member State concerned has agreed upon concrete reform measures does not justify not asking whether they are in line with the fundamental rights of the Charter, and the principle *volenti non fit iniuria* does not apply in these cases. This potential factual impact of Recommendations under Regulation 1176/2011 and Memoranda of Understanding justify considering them as limiting fundamental rights.

3.2.2 The Case of the Right to Negotiate and Conclude Collective Agreements

The fundamental right to collective bargaining is of particular importance in the current context.⁷⁰ All Memoranda of Understanding concluded between the “Troika” and the so-called “crisis States” provide reforms of the respective national collective bargaining system. Thus, the “Troika” imposes an “organized decentralization” of collective bargaining, namely in favor of company or plant-level agreements. In collective bargaining systems, where traditionally sector or branch-level bargaining is prevailing (e.g., in Portugal), this constraint to “delegate” bargaining powers to unions at company or plant-level or to elected employees’ representatives on these levels, such as the Portuguese Workers’ Committees (*Comissões de trabalhadores*) mark a profound shift in the existing industrial relations. It probably is not possible, in the long-term run, to undo the “field damage” caused by these reforms of the collective bargaining system.

The relevance of the right to collective bargaining under Article 28 of the Charter as a limit for reform programs imposed by institutions

⁷⁰ Charter of Fundamental Rights of European Union, 2000 O.J. (C 364), art. 28.

or bodies of the European Union is twofold. On the one hand, Article 28 enshrines the right to negotiate and conclude collective agreements “in accordance with national laws and practices” and extends by this the already existing guarantee of this right under the national laws of the Member States to the level of E.U. law.⁷¹ Until now, this function of Article 28 has not gained importance though. On the other hand, the Article 28 guarantees the right to negotiate and conclude collective agreements “in accordance with Union Law.” Even though the European Union has no competence at all to harmonize in the field of freedom of association⁷² and a European framework for collective bargaining is missing, the guarantee of Article 28 is not completely *lettre morte*. As a matter of fact, the content of this fundamental right of the Charter is widely nourished by the right to freedom of association under Article 11 of the European Convention of Human Rights (ECHR). This results from Article 52(3) of the Charter according to which Charter rights that correspond to rights guaranteed by the ECHR shall have the meaning and scope of the fundamental rights laid down by the ECHR.⁷³ Article 28 of the Charter has been inspired by Article 11 of the ECHR as the Explanations to the Charter of Fundamental Rights show.⁷⁴

Since the seminal decision of its Grand Chamber of November 12, 2008 in *Demir & Baykara v. Turkey* the European Court of Human Rights recognizes that the right to freedom of association under Article 11 of the ECHR implies the right to collective bargaining.⁷⁵

⁷¹ For this function of Article 28 of the Charter see Gregor Thüsing & Johannes Traut, *Zur begrenzten Reichweite der Koalitionsfreiheit im Unionsrecht*, in RECHT DER ARBEIT (RdA) (2012) 65, 68, 70 (Ger.).

⁷² See TFEU art. 153(5).

⁷³ For a fuller analysis see Adam Sagan, *Das Gemeinschaftsgrundrecht auf Kollektivmaßnahmen – Eine dogmatische Analyse des Art. 28 der Europäischen Grundrechtecharta*, 133 *et seq.* (2008) (Ger.).

⁷⁴ 2007 O.J. (L 303), 17.

⁷⁵ *Demir & Baykara v. Turkey*, 34503/97 Eur. Ct. H.R. 1345 (2008). For an in-depth analysis of Article 11 of the ECHR see Filop Dorssemont, *The Right to Form and to Join Trade Unions for the Protection of Interests Under Article 11 ECHR*, 1 EUR. LAB. L.J. 185 (2010).

But as the Court has not yet had the opportunity to give to this right contours, it is difficult to predict whether it would consider that, e.g., a “controlled decentralization” of bargaining levels or cuts of collectively agreed wages in the public sector, imposed by the “Troika” to a Member State through a Memorandum of Understanding, is in line with Article 11 ECHR. However, it should be borne in mind that the Court of Strasbourg considers the ECHR as living instrument, and that it shall be interpreted in the light of other instruments of international law. In *Demir & Baykara v. Turkey*, the Court went as far as to rely on the interpretation of the respective ILO instruments by the supervisory bodies when interpreting Article 11 of the ECHR.⁷⁶ As a matter of fact, the ILO Committee of Experts for the Application of the Conventions, Recommendations, and the ILO Freedom of Association Committee consider that interferences of the State in collective agreements such as cuts of collectively agreed wages infringe Article 4 of Convention no. 98 on the Right to Organize and Collective Bargaining.⁷⁷ The same applies to a forced decentralization of collective bargaining from the sector level to plant level, opening the floor for negotiations between the employer and works councils, i.e., nonunion employees’ representatives.⁷⁸ In the light of this, it is not improbable that the European Court of Human Rights would see in such legislative interventions infringements of Article 11 of the ECHR⁷⁹ and that the European Court of Justice

⁷⁶ For an assessment of the Court’s method see Achim Seifert, *Recht auf Kollektivverhandlungen und Streikrecht für Beamte*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (KritV) 357–77 (2009) (Ger.).

⁷⁷ See Reports of the Committee on Freedom of Association, *365th Report of the Committee on Freedom of Association*, GB.316/INS/9/1 (Nov. 1–16, 2012); see also ILO, *Report on the High Level Mission to Greece* (Sept. 19–23, 2011), available at http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/missionreport/wcms_170433.pdf.

⁷⁸ See Reports of the Committee on Freedom of Association, *365th Report of the Committee on Freedom of Association*, *supra* note 78.

⁷⁹ See also K.D. Ewing, *Austerity and the Importance of the ILO and the ECHR for the Progressive Development of European Labour Law: A Case Study*, in *ARBEITSVÖLKERRECHT – FESTSCHRIFT FÜR KLAUS LÖRCHER*,

would therefore consider them to be incompatible with Article 28 of the E.U. Charter of Fundamental Rights.

As far as Regulation 1176/2011 on the prevention and correction of macroeconomic imbalances is concerned,⁸⁰ the European Legislator has seen the tension between an effective coordination of the economic policies of the Member States and the Union and the national systems of collective bargaining. To ensure that the measures taken by the Union in order to prevent or correct a macroeconomic imbalance in a Member State affect the fundamental right enshrined in Article 28 of the Charter, Article 1(3) of Regulation 1176/2011 provides that “this Regulation takes into account Article 28 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, and accordingly does not affect the right to negotiate, conclude or enforce collective agreements or to take collective action in accordance with national law and practices.” In the same vein, the in-depth review for each Member State the European Commission considers “shall acknowledge the national specificities regarding industrial relations and social dialogue.”⁸¹ As to recommendations of the Council and of the Commission addressed to a Member State, Article 6(3) of Regulation 1176/2011 provides that they shall take into account Article 28 of the Charter. However, Regulation 1176/2011 does not provide any procedural rules that may ensure the full protection of Article 28 in this event.

4 CONCLUDING REMARKS

The Article has shown that the labor and employment law of E.U. Member States is increasingly influenced by the instruments of European economic governance as reformed or established in the wake of the current euro crisis. As a result, many Member States

BADEN-BADEN 361-37X, 364 (Wolfgang Däubler & Reingard Zimmer eds., 2013) (Ger.)

⁸⁰ See *supra* Part II.B.

⁸¹ Regulation 1176/2011, Prevention and Correction of Macroeconomic Imbalances, 2011 O.J. art. 5(1) (L 306/25).

have been pressured to implement far-reaching reform programs that also affect their traditional labor and employment law models. Thereby, European social policy has obtained a new face contrasting the traditional European policy model of a harmonization of the national legal orders of the Member States. It not only legitimizes but also imposes legal interventions on the level of the Member States that cut the existing statutory or collective protection of employees. Thus, the impact of the European Union on the social policy in the Member States has got, since the crisis, a Janus faced character. However, it will be this new facet of European policy that will dominate the view of many European citizens, affected by the current crisis, in the future. Moreover, and this should not be forgotten, the reformed European economic governance has considerably strengthened the already existing “intergovernmentalism” in the European Union, and it reveals a frightening democracy deficit. All mechanisms of crisis management do not – or only peripherally – involve the European Parliament. Therefore, the European peoples’ representation may not play the role that it should be playing in managing the current economic and financial crisis in Europe.

Imperativos económicos frente a derechos fundamentales, un nuevo paradigma de relaciones laborales^o

*María Luz Rodríguez Fernández**

REVISTA DE DERECHO SOCIAL

Volume 2014, issue 65, pp. 41-68

1 LA BANALIZACION DE LOS ELEMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DEL TRABAJO

En los últimos tiempos nos hemos acostumbrado tanto a las reformas laborales y a los continuos cambios en la normativa que regula el trabajo, que pudiera parecer que todo vale. Ante tanta remodelación normativa, bien pudiera pensarse que es posible cualquier regulación de las relaciones de trabajo a impulso de cualquier programa político o cualquier estrategia económica. Quizá

^o Una primera versión de este artículo se presentó en el Curso “El Derecho del Trabajo y los fundamentos constitucionales, internacionales y europeos: nuevos límites”, organizado por el Consejo General del Poder Judicial en colaboración con el Gabinete Jurídico de CC.OO., y celebrado en Alicante el 24 de octubre de 2013. Más tarde, el 3 de diciembre de 2013, tuve ocasión de presentar una segunda versión del mismo en la Jornada “Derecho del Trabajo y Constitución”, organizada por la Fundación 1º de Mayo. Quiero agradecer a estas instituciones la invitación a ambos actos, y los comentarios que hicieron los asistentes a los mismos, porque ello ha enriquecido, sin ninguna duda, mi reflexión y este texto.

* Universidad de Castilla-La Mancha, Marialuz.rodriguez@uclm.es

sea por la lejanía en el tiempo, ya que han pasado 35 años desde la aprobación de la Constitución, pero lo cierto es que no deberíamos olvidar que, en nuestro modelo de relaciones laborales, no vale cualquier regulación, sino una regulación que responda a los elementos constitucionales que resultan de aplicación a las relaciones de trabajo. Teniendo en cuenta, además, que muchos de esos elementos constitucionales son derechos humanos fundamentales de aplicación directa y, por tanto, deben ser respetados por todos los poderes públicos cuando ejercen sus respectivas funciones constitucionales.

Pondré un ejemplo que ilustre lo que quiero significar. Hemos conocido el texto de la carta que el 5 de agosto de 2011 recibió el entonces Presidente del Gobierno y que iba firmada por el Presidente del Banco Central Europeo y el Gobernador del Banco de España¹. En dicha carta se exigía que el Gobierno adoptara una serie de medidas, entre las que había dos que guardaban relación con la negociación colectiva. Una primera relativa a la prioridad absoluta que había que conceder a la negociación colectiva en la empresa, que debía liberarse –decía la carta- de los condicionantes que en relación con ella pudieran establecerse en la negociación colectiva de nivel sectorial. Y una segunda referida a la indexación salarial, en el sentido de eliminar las cláusulas que vinculan las subidas salariales con el incremento de la inflación.

Pues bien, más allá de lo que se piense en términos políticos de una actuación como la descrita, ciertamente no ejemplar desde la perspectiva democrática, lo cierto es que los mandatos que contenía la carta en relación con la negociación colectiva desconocían elementos clave de carácter constitucional. Para empezar el propio significado de la autonomía colectiva. En un modelo constitucional de relaciones laborales basado, como el nuestro, en el reconocimiento y la garantía de la misma, la actuación de los sindicatos y las organizaciones empresariales en representación y defensa de los intereses de trabajadores y

¹ La carta puede consultarse en Rodríguez Zapatero (2013, 248-251).

empresarios debe ser libremente definida por ellos mismo. Como expresa de forma clara el art. 7 de la Constitución. De ahí que no quepan o sean, al menos, discutibles desde un punto de vista constitucional intervenciones normativas de carácter imperativo sobre cuáles deban ser los niveles de negociación colectiva o los criterios que determinen las subidas salariales. Materias ambas que el reconocimiento de la autonomía colectiva y del propio derecho a la negociación colectiva del art. 37.1 de la Constitución hacen que deban ser objeto de negociación y, en su caso, acuerdo entre sindicatos y empresarios o sus organizaciones.

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional. En relación con la determinación de los ámbitos o niveles de negociación colectiva, en su Sentencia 17/1986, de 4 de febrero², puede leerse lo siguiente:

“esta determinación [...] es cuestión que pertenece exclusivamente a las partes de la negociación y no es posible ninguna interferencia de las autoridades administrativas [...] que vulneraría el derecho constitucional a la negociación colectiva”.

Por lo que respecta a las subidas salariales, en su Sentencia 31/1984, de 7 de marzo³, sobre la que luego se habrá de volver, es igual de explícito:

“puede decirse que el sistema normal de fijación del mínimo salarial y, en general, del contenido de la relación laboral, corresponde a la autonomía de trabajadores y empresarios, mediante el derecho a la negociación colectiva que proclama en art. 37.1 de la Constitución”.

Teniendo en cuenta lo anterior, exigir, como hacía el Banco Central Europeo, una intervención normativa sobre elementos de la negociación colectiva cuya definición corresponde a los agentes sociales supone o bien un desconocimiento de los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea (inasumible en tan altas esferas) o bien, y esta es la tesis que se

² <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/580>
(Fundamento Jurídico 2º)*.

³ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/284>
(Fundamento Jurídico 9º).

sostiene aquí, la banalización de dichos ordenamientos. Esto es, la poca o nula relevancia que se concede a los límites o requerimientos que puedan derivarse del reconocimiento constitucional de derechos laborales fundamentales en la definición de las políticas laborales y económicas. Guiados por una especie de fundamentalismo económico, se imponen políticas y regulaciones del mercado de trabajo sin que importe apenas si las mismas respetan o no los elementos constitucionales del Derecho del Trabajo.

Es por eso por lo que se hace preciso recordar y recobrar dichos elementos. Y situarlos de nuevo en el debate académico (y si fuera posible también en el político) como lo que son: los elementos de permanencia de nuestro modelo de relaciones laborales. Los “diques de contención”, si se prefiere esta expresión, frente a esa visión del todo vale en las normas laborales.

Porque además esta visión se ha agravado con la crisis económica. El Derecho del Trabajo ha caído preso de un razonamiento según el cual de cómo se regulen las relaciones de trabajo depende la creación de empleo. De modo que el todo vale tiene por razón de ser –así es como se presenta por sus defensores- la propia superación de la situación de desempleo que vive nuestro país. Y “todo vale con tal de crear empleo” es, sin ninguna duda, un argumento muy poderoso en un país con casi 6 millones de personas en el paro. Aunque lo que se proponga quebrante derechos laborales fundamentales y desnaturalice el propio Derecho del Trabajo.

No es extraño, por ello, que haya voces que hablen de la “desconstitucionalización” de esta materia, aplicando al Derecho del Trabajo un concepto procedente de autores como Luigi Ferrajoli. Se trata de “un proceso compuesto por decisiones de los poderes públicos –y en especial de las autoridades de gobierno- que disuelven el orden institucional previsto mediante graves y continuas violaciones de la letra y del espíritu de la Constitución” (Baylos 2013a, 29). Un proceso que degrada los derechos laborales fundamentales porque los considera, se diga expresamente o no,

como impedimentos para la imposición de un determinado orden económico.

Pues bien, como laboralista ¿qué hacer frente a este proceso de devaluación de los anclajes constitucionales del Derecho del Trabajo? Creo que la mejor opción es la que expresa el propio Ferrajoli (2011), es decir, “oponer un rígida defensa del orden constitucional de nuestra democracia, en la consciencia de que todo ataque es no tanto o no sólo a la Constitución [...] sino al constitucionalismo como sistema de límites y vínculos a todos los poderes”. Especialmente -añadiría yo- a los poderes económicos.

De ahí la necesidad de rememorar aquellos elementos del Derecho del Trabajo que derivan directamente de la Constitución; de recuperar los fundamentos constitucionales de lo que recién aprobada la misma llamábamos nuestro “modelo democrático de relaciones laborales”. Ante el olvido o menosprecio de ellos, son las mejores armas que tenemos para “oponer una rígida defensa” frente a quienes piensan que pueden moldear a su antojo (o al de los llamados mercados) las normas reguladoras del trabajo.

2 EL ESTADO SOCIAL Y LA IGUAL REAL COMO PRINCIPIOS MATRICES DEL DERECHO DEL TRABAJO

Antes de nada, debo reconocer que comparto la opinión de quienes creen que la Constitución española de 1978 no es, por decirlo de algún modo, el mejor ejemplo de constitucionalismo social. Hoy, 35 años después de su aprobación, hay muchas voces críticas en relación con la misma y quienes sostienen que es urgente su reforma o, incluso, un nuevo proceso constituyente (Escudero Alday 2013, 295-302).

No se puede olvidar que la Constitución de 1978 es, como bien ha dicho Pisarello (2011, 176), una constitución de “transición”. No sólo porque se hizo en un momento de transición política, donde probablemente el temor al pasado impuso sus reglas, sino porque

se elaboró en un periodo de transición económica. Es verdad que ancla sus raíces en el mejor constitucionalismo social de las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, especialmente la Constitución italiana de 1948. Pero también lo es que se elabora en un tiempo muy diferente. Es el final de los años setenta, cuando las políticas neoliberales están empezando a ganar la batalla ideológica. Y la Constitución española no es ajena a ellas.

Aún así, creo que, dado el actual estado de cosas, la Constitución de 1978 puede entenderse, al menos mientras no se modifique, como una última frontera. Un dique, como la he denominado antes, que contenga los fuertes envites que está sufriendo el Derecho del Trabajo.

Pues bien, el punto de partida de nuestro análisis es el propio art. 1.1 de la Constitución, donde se declara que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”. Empiezo por ahí porque, como se recordará, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 3/1983, de 25 de enero, y en las muchas que le siguieron en idéntico sentido, entendió que el origen del Derecho del Trabajo, y sobre todo el significado que éste posee dentro del ordenamiento jurídico, derivan justamente de que España sea esa clase de Estado.

No voy a negar que nuestro Estado social y democrático de Derecho no es lo que Elías Díaz entendía por tal. En su afamada obra *Estado de Derecho y sociedad democrática*, este autor consideraba que el Estado social y democrático de Derecho era un “Estado de estructura económica socialista” (Díaz 1992, 149). Y basta con leer el art. 38 de la Constitución, que se refiere a la economía de mercado, la libertad de empresa y la defensa de la productividad, para darse cuenta de que, efectivamente, nuestro modelo de Estado no encaja con su definición.

Pero sí es un Estado Social con todo lo que ello significa (Baylos 2013b, 12-18)⁴. Para empezar un Estado no abstencionista, sino un Estado activo que interviene en la sociedad y en la economía mediante el diseño de políticas públicas dirigidas al logro de determinados objetivos socialmente valiosos, señaladamente la igualdad real y efectiva de los ciudadanos, como ordena el art. 9.2 de la Constitución. Es un Estado, como diría el propio Elías Díaz (1992, 92), aunque él lo llamara social y neocapitalista, que trata de hacer compatible el reconocimiento del capitalismo como modelo económico y forma de producción con la tutela del trabajo y el bienestar general. Lograr, así pues, un cierto equilibrio entre ambos elementos hasta cierto punto antagónicos. Un Estado, al fin, y sigo ahora las tesis de Clauss Offe (2000, 67), que, al lado del reconocimiento de los derechos sociales, clave maestra de todo el sistema, reconoce también el rol de las organizaciones sindicales, no sólo en la negociación colectiva, sino también en la propia conformación de las políticas públicas a que antes me refería. De ahí que los sindicatos sean sujetos con relevancia constitucional y estén enunciados – junto con las organizaciones empresariales – en el propio Título Preliminar de la Constitución, en su art. 7.

Aquí tenemos el primer elemento matriz del Derecho del Trabajo. Y por eso en las páginas que siguen voy a intentar recuperar algunas piezas del mismo que, según el Tribunal Constitucional, derivan o están vinculadas al Estado social y democrático de Derecho. El segundo elemento matriz es la igualdad real, que la citada Sentencia 3/1983, de 25 de enero, considera la función esencial del Derecho del Trabajo.

Ciertamente también al respecto de la igualdad real consagrada en el art. 9.2 de la Constitución ha surgido alguna crítica. Es bien sabido que la cláusula de igualdad real contenida en el art. 9.2 de nuestra Constitución tiene su origen en una cláusula similar del art.

⁴ No es mi intención entrar en este momento en las diferencias entre Estado Social y Estado del Bienestar, que pueden leerse en Sotelo (2010, 196-200); el origen histórico y cultural de ambas denominaciones se ha investigado recientemente por Petersen y Petersen (2013).

3 de la Constitución italiana de 1948. Allí se dice que “constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”⁵. Cláusula ésta redactada por el jurista y socialista italiano Lelio Basso, en la idea de que “no hay democracia mientras subsistan las desigualdades económicas y sociales” (Pisarello 2011, 148).

En el art. 9.2 de la Constitución española no se habla de trabajadores, sino de ciudadanos y grupos sociales; y, desde luego, “suprimir” no significa lo mismo que “promover las condiciones” o “remover los obstáculos”. Eso es verdad. Y, por tanto, bien puede decirse que la igual real de la Constitución española no tiene la carga “clasista” de la Constitución italiana y probablemente tampoco el carácter transformador del modelo económico y sus consecuencias (Ferret 1988, 91).

Para empezar, cuando nuestra Constitución alude a los ciudadanos y no a los trabajadores, está reconociendo que las desigualdades entre personas a que se refiere, cuando ordena a los poderes públicos “promover las condiciones” para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, no son únicamente las que proceden de las relaciones de trabajo (Baylos 2013b, 15). Es perfectamente posible que las desigualdades de género o las desigualdades territoriales, por citar sólo dos ejemplos donde la cláusula de igualdad real ha tenido una influencia muy importante, puedan también corregirse con base en el art. 9.2 de la Constitución. Hay que leer, además, esta cláusula en el contexto del resto de los elementos constitucionales referidos a la economía y ahí están, fundamentalmente, el art. 38 de la Constitución, con su reconocimiento de la economía de mercado y la libertad de empresa, y, después de agosto de 2011, su art. 135.3, donde se

⁵ La Constitución italiana de 1948 puede consultarse en <http://www.ces.es/TRESMED/docum/ita-cttn-esp.pdf>.

concede “prioridad absoluta” al pago de la deuda pública y sus intereses frente a la realización de políticas sociales.

Estamos, pues, en presencia de una cláusula mucho más “laica” que la del art. 3 de la Constitución italiana, pero ello no le priva de los efectos que quiero destacar aquí. El primero es que legitima directamente la intervención activa de los poderes públicos en la vida económica, porque “promover condiciones” y “remover obstáculos” demandan actuaciones en positivo del Estado y no simplemente dejar hacer a las fuerzas del mercado. El segundo es que la actuación en positivo debe tener como fin la corrección de las desigualdades, no sólo de las que proceden del mundo del trabajo, pero también de éstas, en busca de la igualdad real y efectiva, concepto que desde luego no es la simple igualdad formal ante la ley. Digo esto porque los debates sobre la retirada de la intervención normativa sobre las relaciones de trabajo están a la orden del día, cuando, como puede verse, nuestra Constitución avala un modelo completamente distinto, y porque es aquí donde el Tribunal Constitucional sitúa la razón de ser del Derecho del Trabajo.

Efectivamente, recuérdese como la Sentencia 3/1983, de 25 de enero⁶, después de reconocer la desigualdad de poder económico y jurídico existente entre trabajador y empresario y la validez constitucional de tratamientos dispares de uno y otro, se muestra así de determinante:

“estas ideas encuentran expresa consagración en el art. 9.2 de la Constitución cuando impone a los poderes públicos la obligación de ‘promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de lo los grupos en que se integran sean reales y efectivas’, pues con esta disposición se está superando el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando un *significado del principio de igualdad acorde con la definición del art. 1 que constituye a España como Estado democrático y social de Derecho*, por lo que en definitiva se ajusta a la Constitución la finalidad tuitiva y compensadora del Derecho laboral en garantía de la promoción de una igualdad real, que en

⁶ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/131>
(Fundamento Jurídico 3º).

el ámbito de las relaciones de trabajo exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador” (la cursiva es mía).

Esto es, desde la perspectiva constitucional, el Derecho del Trabajo. Un ordenamiento jurídico con función “compensadora” de las desigualdades de poder económico y jurídico habidas entre trabajador y empresario en la relación de trabajo. Esta función compensadora le viene exigida por la promoción de la igualdad real entre los individuos reconocida como función del Estado en el art. 9.2 de la Constitución. Una función de la que el Estado no puede hacer dejación, al menos mientras siga en vigor la Constitución de 1978, porque es la función inherente a un Estado social y democrático de Derecho.

3 REFORMA LABORAL DE 2012 Y CAMBIO DE PARADIGMA: DEVALUACION DE LA NEGOCIACION COLECTIVA Y PERDIDA DE IGUALDAD REAL EN LAS RELACIONES DE TRABAJO

Desde que empezó la crisis económica en 2008, el ordenamiento jurídico laboral ha sufrido sucesivas reformas, siempre fundadas en la necesidad de crear empleo o detener su destrucción. En todas ellas ha habido como hilo conductor una rebaja o debilitamiento de derechos laborales previamente consolidados, en la idea, confesada o no, de que los mismos actúan como un impedimento para la generación de puestos de trabajo. Una muestra de cómo esta idea está instalada en el pensamiento económico de nuestro país nos la proporcionan las palabras de anterior Gobernador del Banco de España, quien públicamente dijo que no se creaba empleo porque el empresariado español tenía “horror a contratar”⁷.

⁷ Las declaraciones de Miguel Ángel Fernández Ordoñez pueden leerse en <http://www.publico.es/dinero/377953/fernandez-ordonez-culpa-al-gobierno-del-horror-a-contratar>.

Lo decía en mayo de 2011, con la economía creciendo al 0,2%⁸, el sistema financiero completamente colapsado y una ausencia total de crédito para cualquier proyecto empresarial. Aún así, hacía recaer la responsabilidad de la falta de creación de empleo en una supuesta obsolescencia de las normas laborales y “un marco legal e institucional que dificulta seriamente la oferta de puestos de trabajo”⁹.

Pero creo sinceramente que la reforma laboral de 2012 fue cualitativamente distinta de las anteriores. Los recortes en los derechos laborales se han diseñado en ésta de tal manera que apuntan a la existencia de un nuevo modelo o paradigma de relaciones laborales. Un modelo donde el poder del empresario sale fortalecido y la negociación colectiva y la participación de la representación de los trabajadores en la toma de decisiones empresariales claramente debilitadas. La reforma de 2012 ha construido, por tanto, un modelo de relaciones laborales mucho más autoritario.

No voy a relatar, naturalmente, todos los cambios introducidos por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (Ley 3/2012). Sí me interesa destacar algunos de ellos. La posibilidad de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo, incluidas las salariales, sin necesidad de que exista acuerdo al respecto entre la representación de los trabajadores y la empresa del art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET) o la supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos en el art. 51 ET. Ambas ejemplifican las nuevas señas de identidad del Derecho del Trabajo post-reforma 2012.

La primera evidencia la patente pérdida de peso de la intervención de los sujetos colectivos en la gestión de las relaciones laborales, dado que las principales variables de la prestación de trabajo

⁸ El dato del PIB de ese momento puede consultarse en <http://www.ine.es/prensa/cntr0211.pdf>.

⁹ Cfr. <http://estaticos.elmundo.es/documentos/2011/05/23/mfo.pdf> (p.3).

pueden ser alteradas sin tener en absoluto en consideración cuál pueda ser su criterio al respecto. En la segunda se aprecia un reforzamiento claro del poder empresarial y un debilitamiento de los instrumentos ideados para preservar el equilibrio de poder entre las partes de la relación de trabajo. La autorización administrativa poseía, entre otras, la virtualidad de reforzar el poder de los sujetos colectivos en la negociación de los expedientes de regulación de empleo, de manera que la empresa se viera obligada a negociar ante el temor de que el expediente no fuera aprobado por la autoridad laboral. Suprimida la autorización administrativa, la empresa se enfrenta ahora a un contrapoder muy debilitado, en la medida que puede decidir unilateralmente, tenga la conformidad o no de los sujetos colectivos que intervienen en el trámite, la práctica de los despidos.

Menos poder colectivo, más poder del empresario y menos equilibrio en la relación de fuerzas del contrato de trabajo. En la misma dirección van también los cambios habidos en la regulación de la negociación colectiva.

La pérdida de ultra-actividad de los convenios colectivos una vez transcurrido un año desde su denuncia, que hoy regula el art. 86.3 ET, significa la eliminación del principal instrumento de equilibrio de poder entre las partes negociadoras de un convenio colectivo. Mantener el anterior convenio en aplicación hasta lograr perfilar uno nuevo era un instrumento que reforzaba el poder de negociación del lado de los trabajadores, porque impedía que se vieran impelidos a aceptar cualquier propuesta de la parte empresarial con el fin de no perder el convenio colectivo como fórmula de regulación de las condiciones de trabajo (además de estas mismas, naturalmente). Bien, en la actualidad, desaparecida la ultra-actividad más allá de los 12 meses siguientes a la denuncia del convenio, no hay ya estímulos normativos para forzar al empresariado a conservar el convenio colectivo y, menos aún, para conducir la renegociación del mismo en una dirección acorde con las expectativas de los propios trabajadores. Para decirlo claramente: o en el convenio se incluyen las demandas del empresariado, o muy probablemente el convenio

colectivo morirá por falta de negociación de uno nuevo que lo sustituya.

A ello se suma la prioridad absoluta de la negociación colectiva en el nivel de la empresa que ordena el art. 84.2 ET. Y no tanto porque la negociación colectiva en el ámbito de la empresa erosione *per se* el equilibrio de poder entre las partes de la negociación. Sucede, sin embargo, que nuestro país sufre de un intenso minifundismo empresarial, razón por la que casi el 90 por ciento de las empresas tienen menos de 10 trabajadores¹⁰. Lo que hace que, en ellas, la representación de los trabajadores contraparte del empresario en un proceso de negociación colectiva o bien no exista o bien sea muy débil en términos de poder de negociación. En este contexto, abrir la negociación en la empresa sin ningún tipo de condicionamiento procedente de la negociación de nivel sectorial, como hace la reforma de 2012, supone avalar normativamente prácticas de negociación colectiva que se desarrollan en un claro desequilibrio de poder entre las partes de las mismas. De manera que nunca se sabe si los convenios colectivos (normalmente con bajas condiciones de trabajo) son fruto realmente de la voluntad compartida de trabajadores y empresario o de la voluntad empresarial aceptada por una representación de los trabajadores carente de poder para oponerse a ella.

La combinación de estos dos elementos, junto con el posible influjo de la propia crisis económica, está, aunque sea muy crudo decirlo así, “matando” la negociación colectiva. El año 2013 pasará a la historia como el año en que menos convenios colectivos rigieron las relaciones de trabajo en España. Un total de 1.543 convenios colectivos con efectos económicos durante el mismo, el número

¹⁰ Según datos de empresas inscritas en la Seguridad Social de noviembre de 2013, de un total de 1.167.497 empresas habidas en nuestro país, 1.021.551 tienen menos de 10 trabajadores (un 87,4 por ciento). Téngase en cuenta, además, que en 916.339, esto es, en más de un 78 por ciento de las empresas de nuestro país, ni siquiera puede elegirse alguna fórmula de representación de los trabajadores, por no superar sus plantillas los 6 trabajadores (vid. las series de empresas inscritas en la Seguridad Social en <http://www.empleo.gob.es/series/>).

más bajo desde que empezó la crisis (6.016 en 2007, 5.987 en 2008, 5.689 en 2009, 5.067 en 2010, 4.585 en 2011, 3.702 en 2012) y probablemente el más bajo de toda la serie histórica¹¹. Con todo, lo peor es el grave retroceso del número de trabajadores cuyas relaciones laborales están al resguardo de la negociación colectiva. 2013 será también el año en que menos trabajadores estuvieron bajo la regulación de un convenio colectivo desde que empezó la crisis. Un total de 4,5 millones de trabajadores frente a los 8,8 millones de 2012, los 10,6 millones de 2011, los 10,7 millones de 2010, los 11,5 millones de 2009, los 11,9 millones de 2008 o los 11,6 millones de 2007. Lo que significa haber reducido en más de un 60 por ciento el nivel de cobertura de la negociación colectiva y que casi dos tercios de los asalariados de nuestro país no tengan convenio colectivo¹².

Esta debilidad de la negociación colectiva produce un sistema de relaciones laborales con menos igualdad y menos democracia.

Hay que recordar que, mediante el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva, se intenta compensar la desigualdad de poder negociador que poseen aislada e individualmente los trabajadores. Uno a uno, los trabajadores nunca han contado con suficiente poder como para negociar en igualdad de condiciones con el empresario las reglas que van a disciplinar su prestación de trabajo. De modo que es uniéndose y negociando juntos un grupo de ellos como pueden tener un mayor poder de negociación y, por tanto, como pueden afrontar en igualdad de condiciones con el empresariado la determinación de las condiciones en que van a trabajar. La negociación colectiva del art.

¹¹ Según datos a 30 de noviembre de 2013. Las series sobre convenios por años de efectos económicos pueden consultarse en <http://www.empleo.gob.es/series/>.

¹² Según datos a 30 de noviembre de 2013. Las series sobre trabajadores afectados por convenios por años de efectos económicos pueden consultarse en <http://www.empleo.gob.es/series/>. El número de asalariados tomados en cuenta es el de la Encuesta de Población Activa del tercer trimestre de 2013, disponible en <http://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0313.pdf>.

37.1 de la Constitución es un instrumento de igualdad, el instrumento de igualdad por excelencia, en tanto refuerza la posición de los trabajadores en el contrato de trabajo y los hace más iguales a los empresarios en términos de poder.

Comprendo que, para la ideología neoliberal, el funcionamiento de la negociación colectiva que acabo de explicar puede resultar negativo. Siempre, en efecto, ha habido quien entiende la negociación colectiva como una especie de cártel o colusión para evitar que la determinación de las condiciones en que se produce el intercambio de trabajo por salario se haga por el juego de las fuerzas del mercado. Sin embargo, el hecho de que España sea un Estado social y democrático de Derecho, que tiene como seña de identidad el compromiso de los poderes públicos con la consecución de la igualdad real y efectiva de los ciudadanos, hace que la negociación colectiva deba ser vista como una práctica valiosa y positiva, que hay que proteger y potenciar, porque pretende lograr esa igualdad real y efectiva a que se refiere el artículo 9.2 de nuestra Constitución. De ahí que, cuando la misma se degrada, y sufre un serio retroceso como técnica de regulación de condiciones de trabajo, tal como sucede con la reforma laboral de 2012, haya una pérdida de igualdad en el modelo de relaciones laborales y algo que se resquebraja dentro del Estado Social.

Pero hay otro aspecto más que vincula la negociación colectiva con la igualdad. La negociación colectiva es, como los impuestos, un mecanismo de redistribución de riqueza. Fija condiciones de trabajo, es verdad, pero esas condiciones de trabajo, que para el trabajador representan cómo va a trabajar y qué va a recibir a cambio de su trabajo (en definitiva, cómo va a vivir), para el empresario representan la parte de los beneficios empresariales que va tener que destinar a retribuir el factor trabajo. Huelga decir que, cuanto mejores son las condiciones de trabajo que se pactan en la negociación colectiva, mayor es el trasvase de los beneficios que genera la actividad productiva a los propios trabajadores que participan en la misma. Lo que propulsa, a su vez, una cierta igualdad o menor divergencia en las rentas y en la posición económica de la ciudadanía. Por el contrario, si las condiciones de

trabajo pactadas mediante negociación colectiva -o impuestas por el empresariado por falta de ésta- son de baja calidad, el trasvase de beneficios de la actividad empresarial a los trabajadores implicados en la misma será mucho menor y, en consecuencia, habrá una mayor diferencia o polaridad entre los niveles de rentas y las posiciones económicas de los ciudadanos.

Pues bien, la anterior evidencia nos debe llevar a preguntarnos en qué modelo de sociedad queremos vivir y, en función de cual sea nuestra respuesta, qué modelo de negociación colectiva queremos tener. Si preferimos vivir en una sociedad más igualitaria, donde, aun habiendo diferencias entre las rentas de los que más y menos tienen, esa diferencia no sea demasiado exagerada, en el sentido de que no sean muy pocos los de las rentas muy altas y la gran mayoría los de rentas muy bajas o bajísimas, entonces necesitamos una negociación colectiva activa y potente, que actúe como canal conductor de riqueza para grandes capas de la población. Es eso, además, lo que hace germinar y crecer la clase media de un país, con los consabidos efectos beneficiosos desde el punto de vista social (está demostrado que el avance de la clase media es beneficioso para mantener servicios públicos de calidad, como la educación o la sanidad), desde un punto de vista económico (la clase media es básicamente quien sostiene el consumo y paga los impuestos) y desde el punto de vista político (la proliferación de la clase media evita una fuerte concentración de poder económico y capacidad de influencia política en pocas manos).

En cambio, si preferimos vivir en una sociedad muy desigual, donde unos pocos concentran la mayor parte de la riqueza y muchos tienen niveles de rentas que apenas les permiten la subsistencia, la negociación colectiva es un elemento a batir. O dicho de otro modo: conviene devaluar la negociación colectiva para que no cumpla su función redistributiva, aunque ello empobrezca a la mayor parte de la población y tenga unos efectos sociales y económicos bien conocidos por todos (la pobreza es siempre sórdida y económicamente improductiva) y claramente perjudiciales para el conjunto de la ciudadanía.

Nuestra Constitución, proclamando el Estado social y democrático de Derecho en su art. 1.1, y la igualdad real y efectiva de los ciudadanos como función de los poderes públicos en el art. 9.2, parece haber optado por el primer modelo de sociedad y, en consecuencia, demandar una regulación pro-activa de la negociación colectiva. La reforma de 2012 va justamente en dirección contraria. Recupera un *laissez faire* en este terreno que no es coherente con los mandatos constitucionales y deja al albur del juego de fuerzas de las partes sociales la existencia del propio proceso de negociación (a eso obedece la supresión de la ultra-actividad del convenio colectivo) y la fortaleza que tengan los contenidos del mismo (a eso obedece la prioridad incondicionada del convenio de empresa). Esta operación de derribo del anterior modelo de negociación colectiva despliega sus consecuencias, tal como esperaban sus impulsores¹³, sobre el reparto de rentas.

En efecto, mientras los salarios están bajando, el número de personas millonarias en nuestro país está creciendo. En 2011, la subida salarial media acordada en convenio colectivo fue del 2,0 por ciento, en 2012 del 1,0 por ciento y en 2013 del 0,6 por ciento. En 2012, la remuneración por asalariado había crecido un 0,2 por

¹³ Aunque el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, había regulado un cambio muy intenso de la misma, las autoridades europeas no lo consideraron suficiente. De hecho, las *Recomendaciones del Consejo de 12 de julio de 2011*, después de criticar “el poco ágil” sistema de negociación colectiva existente en nuestro país, exhortaban a España a realizar “una reforma global del proceso de negociación colectiva y del sistema de indexación salarial para garantizar que las subidas salariales reflejen mejor la evolución de la productividad y las condiciones imperantes a nivel local y nivel de empresa” (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:212:0001:0004:ES:PDF>). Días más tarde esa misma volvía a ser la exigencia que se plasmaba en la carta enviada al Presidente Rodríguez Zapatero por el Presidente del Banco Central Europeo y el propio Gobernador del Banco de España. La razón de ser de la modificación del modelo de negociación colectiva se expresaba igualmente en la carta: la necesidad de hacer una devaluación salarial en el sector privado al estilo de la que ya se había hecho en el sector público con los recortes de salarios de los empleados públicos (Rodríguez Zapatero 2013, pp. 248-251).

ciento con respecto al año anterior; en 2013, la remuneración por asalariado ha decrecido un 0,2 por ciento en relación con 2012. El coste salarial por trabajador bajó un 0,6 por ciento en 2012 con respecto a 2011; en 2013 ha bajado un 0,9 por ciento respecto del año anterior. Finalmente, el coste laboral unitario real bajó un 3,0 por ciento en 2012 con respecto a 2011; en 2013 ha bajado un 3,3 por ciento con respecto a 2012, lo que significa una bajada en 2 años de más de 6 puntos¹⁴. Naturalmente, estas pérdidas salariales están haciendo que las rentas de los hogares se reduzcan considerablemente. Desde 2008, los ingresos medios por hogar han descendido en casi un 10 por ciento, aunque sólo en el último año la caída ha sido de más de un 3,5 por ciento¹⁵. Entre tanto, aparecen informes que certifican que el número de personas millonarias ha crecido en España en un 13 por ciento, lo que significa un incremento de 47.000 personas millonarias (hasta alcanzar la cifra total de 402.000) en plena crisis económica y coincidiendo con la política de devaluación salarial¹⁶.

Un apunte más: la negociación colectiva también guarda relación con el valor de la democracia. No es lo mismo que la determinación de las condiciones de trabajo se haga de manera unilateral por parte del empresariado que se haga de manera consensuada por acuerdo entre el mismo y la representación de los trabajadores. Frente a la imposición de la voluntad de una sola de las partes, que además es la más poderosa dentro del contrato de trabajo, la negociación colectiva supone la participación de los propios trabajadores, a través de sus representantes, en la fijación de las condiciones en que se va a desarrollar su actividad productiva;

¹⁴ Son datos a 17 de diciembre de 2013. Un resumen de todas las variables sobre salarios y costes laborales puede consultarse en http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/B_Actuaciones/Boletin/BoletinObservatorio_Negociacion_Collectiva_Boletin_41_Octubre_Diciembre_2013_actualizacion.pdf.

¹⁵ Son los datos que proporciona la Encuesta de Condiciones de Vida de 2013, disponible en <http://www.ine.es/prensa/np811.pdf>.

¹⁶ Véanse los datos del *Global Wealth Report 2013*, elaborado por *Credit Suisse* y disponible en <https://publications.credit-suisse.com/tasks/render/file/?fileID=BCDB1364-A105-0560-1332EC9100FF5C83> (p. 24).

supone, por tanto, que los trabajadores puedan tener voz y compartir con el empresario la toma de decisiones (y también la responsabilidad) sobre los aspectos esenciales de la relación laboral.

Y aquí vuelve a ser necesaria una toma de postura sobre el modelo de relaciones laborales que queremos tener y, en relación con él, el papel que debemos asignar a la negociación colectiva. De valorar la implantación de la democracia en todos los ámbitos donde se ejerce poder, ya sea en la arena política o en la empresa, y que la toma de decisiones sea discutida y, a ser posible, consensuada por todos los afectados por ellas, la negociación colectiva debe convertirse en eje o procedimiento estrella del modelo de relaciones laborales, ya que es eso mismo lo que significa. De preferir la modalidad autoritaria, aquella en que las decisiones son adoptadas por una sola de las partes implicadas, sin que la opinión ni los intereses de las demás partes cuenten, puede prescindirse de la negociación colectiva y dejar que sea el empresario el que ordene las relaciones de trabajo.

La reforma laboral de 2012 ha tomado partido por esta última versión de las relaciones laborales y, con el pretexto de una presunta eficiencia del mercado de trabajo y lucha contra el paro, ha diseñado un modelo de relaciones de trabajo en el que queda meridianamente claro que quien ostenta el poder en la empresa es el empresario. Los cambios en la regulación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo o del despido colectivo a que antes me refería son ejemplos emblemáticos. Pero es en la regulación de la negociación colectiva donde mejor se ve la apuesta ideológica de la última reforma laboral. La apuesta porque la negociación colectiva vaya perdiendo musculatura como método de fijación de condiciones de trabajo y, de este modo, las funciones de igualdad, redistribución de renta y democratización en el ejercicio del poder en la empresa que la misma supone vayan decayendo.

Ante ello, la pregunta clave es si este nuevo modelo o paradigma de relaciones laborales cumple las exigencias de impulso de la igualdad real de la ciudadanía que se derivan de ser el nuestro un

Estado social y democrático de Derecho. La respuesta es, al menos en mi opinión, que probablemente no. Al contrario, la reforma laboral de 2012 en ningún momento alude al carácter compensador de desigualdades del Derecho del Trabajo como fundamento de ninguna de sus modificaciones normativas, sino a la defensa de la productividad. En efecto, cuando en el Preámbulo de la Ley 3/2012 se defienden las razones del nuevo modelo de modificación sustancial de condiciones de trabajo y la intervención que en él tiene la Administración, se apela a “la necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad tal y como se deriva del artículo 38 de la Constitución española”.

Es este un cambio de enfoque sustancial en el Derecho del Trabajo. Un cambio de visión profundo que altera de raíz su propia razón de ser. Pierde fuerza como ordenamiento compensador de la desigualdad económica y jurídica del trabajador dentro del contrato de trabajo y gana peso como instrumento de refuerzo del poder empresarial. Este cambio se traslada igualmente a la función que se demanda de los poderes públicos. Se devalúa el impulso de la igualdad real para potenciar la defensa de la productividad. Si se me permite expresarlo de este modo, puede decirse que en el pasado tuvimos un Derecho del Trabajo a la medida de los trabajadores y que hoy tenemos un Derecho del Trabajo a la medida de los empresarios. Pero conviene no perder de vista que es el primero y no este último el que encuentra mejor acomodo en un Estado Social como el nuestro.

4 ELEMENTOS CONSTITUCIONALES DE CARACTER COLECTIVO: DIALOGO SOCIAL Y ROL DEL SINDICATO

Ante esta pérdida de lo que podríamos denominar “naturaleza constitucional” del Derecho del Trabajo, se hace necesario, como vengo diciendo, recordar algunos elementos del mismo que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, derivan directamente de su vinculación con el Estado social y democrático de Derecho y con el impulso de la igualdad real de los ciudadanos. Estos elementos y

su anclaje constitucional nos servirán para fijar los límites o diques infranqueables por las reformas laborales, pero también para mostrar hasta qué punto nos hallamos en el proceso de banalización de los derechos laborales fundamentales que denunciaba al inicio.

El primer elemento a considerar es el valor que posee el diálogo social en un Estado social y democrático de Derecho. En relación con ello se pronunció el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 68/2007, de 28 de marzo¹⁷, famosa porque declaró inconstitucional y nulo el Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, más conocido como “decretazo” y que motivó la huelga general de 20 de junio de 2002. En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional realza el valor del diálogo social del modo siguiente:

“es indudable, y no parece necesario recordar aquí, el valor trascendente del diálogo social en nuestro Estado social y democrático de Derecho [...] y la importancia de la participación de las organizaciones sindicales y empresariales en el procedimiento de elaboración de aquellas leyes que puedan afectar a los intereses económicos y sociales a cuya defensa y promoción contribuyen significativamente”.

Este valor trascendente del diálogo social en la conformación de la normativa laboral deriva, como puede verse, no de ser una práctica más o menos arraigada y valiosa, que lo es, sino del propio valor que se atribuye, dentro de un Estado social y democrático de Derecho, a los sujetos que representan y defienden los intereses de trabajadores y empresarios. Desde un principio, y dado el lugar que ocupa el art. 7 de la Constitución, situado en el Título Preliminar entre los elementos definidores del Estado español, el Tribunal Constitucional entendió que las organizaciones sindicales y empresariales debían considerarse “sujetos con relevancia constitucional”. Así lo expresaba en la muy temprana Sentencia

¹⁷ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6035>
(Fundamento Jurídico 11º).

3/1981, de 2 de febrero, donde, junto a los partidos políticos, consideraba que había:

“otras asociaciones de relevancia constitucional como los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales”¹⁸.

Afirmada la relevancia constitucional de ambos, enseguida se concluyó que su ámbito de actuación iba necesariamente más allá de la esfera privada de la representación de los trabajadores o empresarios afiliados a los mismos. En concreto, en relación con los sindicatos, la Sentencia 70/1982, de 29 de noviembre, entendía que:

“su función no es únicamente la de representar a sus miembros, a través del esquema de apoderamiento y representación del Derecho privado. Cuando la Constitución y la ley les invisten con la función de defender los intereses de los trabajadores, les legitiman para ejercer aquellos derechos que [...] sean de necesario ejercicio colectivo”¹⁹.

Esta Sentencia inaugura, además, una comprensión ampliada o funcional del derecho de libertad sindical que, con el tiempo, se ha convertido también en una de las señas de identidad de nuestro modelo constitucional de relaciones laborales. Como ha explicado Fernández López (2011, 26), a diferencia de lo que ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde la libertad sindical se concibe de forma organizativa y no es más (ni menos) que el derecho de los trabajadores a fundar sindicatos, nuestro Tribunal Constitucional entiende que la libertad sindical es, sobre todo, la capacidad de actuación que poseen estos últimos. Y nuevamente ello se vincula al carácter social y democrático del Estado. En efecto, en la Sentencia 70/1982, de 29 de noviembre, puede leerse que:

“el derecho constitucional de libertad sindical comprende no sólo el derecho de los individuos a fundar sindicatos y afiliarse a los de su elección, sino

¹⁸ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/3>
(Fundamento Jurídico 1º).

¹⁹ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/112>
(Fundamento Jurídico 3º).

asimismo el derecho a que los sindicatos fundados [...] realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado [...]. Por ello hay que entender que el derecho que reconoce el artículo 28 de la Constitución es el derecho a que las organizaciones sindicales libremente creadas desempeñen el papel y las funciones que a los sindicatos de trabajadores reconoce el artículo 7 de [la misma], de manera que participen en la defensa y protección de los intereses de los trabajadores”²⁰.

Esta doctrina, repetida después en múltiples ocasiones, es, a mi entender, una de las más fecundas contribuciones del Tribunal Constitucional a la conformación del modelo democrático de relaciones laborales. Ha sido esta comprensión de la libertad sindical la que ha permitido, para empezar, enjuiciar mediante el recurso de amparo las posibles lesiones del derecho fundamental a la negociación colectiva, que, de otro modo, por la ubicación sistemática del art. 37.1 de la Constitución, no hubieran podido evaluarse jamás desde la perspectiva constitucional. Memorables son, por citar solo algunas de ellas, la Sentencia 92/1992, de 11 de junio²¹, donde se negaba a la Administración Pública la capacidad de autorizar la modificación de condiciones de trabajo contenidas en un convenio colectivo sin acuerdo de los trabajadores, que muy probablemente habrá de tenerse en consideración en el enjuiciamiento constitucional del régimen de descuelgue salarial y modificación sustancial de condiciones de trabajo del vigente art. 82.3 ET²². O también la 107/2000, de 5 de mayo, en la que se

²⁰ Ibídem.

²¹ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1979>.

²² Como es sabido, el 5 de octubre de 2012, el Grupo Parlamentario Socialista y la denominada Izquierda Plural presentaron ante el Tribunal Constitucional un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 3/2012. En dicho recurso se argumenta que la participación de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (o de los organismos similares habidos en las comunidades autónomas) en los procedimientos de descuelgue salarial y modificación sustancial de las condiciones de trabajo contenidas en convenio colectivo de carácter estatutario supone una vulneración del derecho a la negociación colectiva, justamente por considerarse que la presencia de las Administraciones Públicas en dichos organismos significa atribuir a las mismas la capacidad decisoria par dejar sin efecto lo establecido en un convenio colectivo sin el acuerdo de los trabajadores. Ante esta

declaraba contraria a la Constitución la revisión salarial impuesta por la parte empresarial ante la falta de acuerdo en la mesa de negociación, por entender que una conducta de estas características vacía de contenido las funciones que se espera desarrollen los sindicatos para “el cumplimiento de los fines constitucionales” reconocidos a ellos²³.

Además de preservar el espacio de la negociación colectiva frente al poder público de la Administración y el poder privado del empresario, esta doctrina ha servido, y aquí es donde quería llegar, para asentar la concepción del sindicato como “representación institucional”. Entre otras muchas, así nos lo recuerda la Sentencia 238/2005, de 26 de septiembre:

“el sindicato en cuanto representación institucional a la que constitucionalmente se reconoce la defensa de determinados intereses”²⁴.

Este itinerario sobre la consideración del sindicato en nuestro modelo constitucional de relaciones de trabajo culmina con dos Sentencias del Tribunal Constitucional verdaderamente relevantes al respecto de qué posición ocupan y cómo deben concebirse las organizaciones sindicales en un Estado social y democrático de Derecho. La primera es la Sentencia 229/2002, de 9 de diciembre, donde podemos hallar las razones para negar la viabilidad constitucional de un comportamiento político o una elaboración normativa indiferente (y menos aún contrario) al hecho sindical, en la medida que:

objeción, es muy probable que el Tribunal Constitucional deba reproducir aquella frase lapidaria de la Sentencia 92/1992, de 11 de junio: “sería contraria al art. 37.1 de la Constitución una interpretación [...] que permitiera a la Administración laboral autorizar al empresario la introducción de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo previstas y reguladas en un convenio colectivo vigente” (Fundamento Jurídico 4º).

²³ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/4091> (Fundamento Jurídico 10º).

²⁴ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/5498> (Fundamento Jurídico 3º).

“no puede olvidarse que cualquier aproximación a la base constitucional de la libertad sindical y, por ende, de la acción sindical, debe dejar previamente sentado el *carácter promocional de los sindicatos* que en la Constitución española asumen los arts. 7 y 28.1 *como elemento clave de la configuración del Estado social y democrático de Derecho* que persigue el art. 1.1 de la Constitución”²⁵.

La segunda es la Sentencia 281/2005, de 7 de noviembre, en la que el Tribunal Constitucional da un paso más y demanda unos sindicatos fuertes como elemento central de la construcción constitucional del modelo de relaciones laborales:

“los sindicatos, al igual que las asociaciones empresariales, son entes de relevancia constitucional inmediatamente protegidos por la Constitución y [...] debe *favorecerse*, por tanto, *el cumplimiento de la función que en un régimen democrático se atribuye a los sindicatos* en beneficio, no sólo de los intereses de los trabajadores, sino del interés público, que reclama unas organizaciones sindicales fuertes y dotadas de medios suficientes de acción”²⁶.

Pues bien, en vista de todo lo anterior, cabe preguntarse si la toma de decisiones para afrontar la crisis económica está respondiendo al valor del diálogo social y de la participación del sindicato en las definición de las políticas públicas que se consideran propios de un Estado social y democrático de Derecho. La respuesta es no. Basta con mirar la forma en que se ha gestado la mayor parte de la normativa anti-crisis para concluir que, ni en la adopción de las estrategias europeas, ni, por lo que a nosotros nos interesa, en la elaboración de las políticas nacionales, ambos han tenido la relevancia que se merecen de acuerdo con nuestra Constitución

En nuestro país, la crisis se está gobernando a golpe de decreto-ley, porque, más allá de la urgencia de la lucha contra el paro, que realmente existe, pero de tan repetida suena ya a excusa recurrente, lo cierto es que la rapidez y la determinación en la adopción de medidas es una exigencia más de las que imponen los

²⁵ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/4765> (Fundamento Jurídico 7º). Los subrayados son míos.

²⁶ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/5541> (Fundamento Jurídico 6º). El subrayado es mío.

mercados. Así podía leerse en el Preámbulo del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, que inauguró este *modus operandi*: “la rapidez, seguridad y determinación en la actuación forma parte del compromiso asumido por los países integrantes en la zona euro para reforzar la confianza en la moneda única y en la estabilidad de la eurozona”. Esta lógica ha llevado a excluir, como veremos a continuación, el diálogo social en muchas ocasiones, pero también la intervención del propio Parlamento, limitado a convalidar los sucesivos decretos-leyes sin apenas debate parlamentario. Lo que no parece, por cierto, un modo de proceder muy democrático.

Por otra parte, una de las constantes de todo este periodo ha sido la fragilidad del diálogo social. Ha habido episodios, como el del Real Decreto-ley que se acaba de citar, donde el diálogo social ha sido claramente eludido en la toma de decisiones frente a la crisis. Tanto es así que la propia OIT, en respuesta a una queja formulada frente al mismo ante su Comité de Libertad Sindical, ha lamentado “la ausencia de un auténtico proceso de consulta con las organizaciones sindicales” en su elaboración e invitado al Gobierno “a que en un futuro considere [la adopción de estas políticas] en el marco del diálogo social”²⁷.

Ha habido otras ocasiones en que el diálogo social ha resultado fallido y, como consecuencia de ello, el Gobierno ha actuado sin tener en cuenta a los agentes sociales. Es el caso del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que provocó la convocatoria de la huelga general de 29 de septiembre de 2010; del Real Decreto-ley 7/2011,

²⁷ Esta queja fue presentada por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC.OO. y puede consultarse en http://www.galicia.ccoo.es/comunes/recursos/11/1117040-Texto_da_queixa_%5BPDF%5D.pdf. La decisión en relación con la misma se emitió en el 368º Informe del Comité de Libertad Sindical, de 21 de junio de 2013, y puede consultarse en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_216619.pdf (las palabras citadas en p. 100).

de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, elaborado tras un intenso proceso de negociación entre sindicatos y asociaciones empresariales que concluyó sin acuerdo; o del Real Decreto-ley 17/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agotan su protección por desempleo, dictado tras el fracaso de un proceso de diálogo social en torno a una nueva regulación del trabajo a tiempo parcial y un plan de formación y empleo para jóvenes.

No obstante, también ha existido un corto íterin donde el diálogo social ha resultado determinante. Recuérdese que fruto del diálogo social tripartido han sido la reforma de la Seguridad Social y el desplazamiento de la edad legal de jubilación de 65 a 67 años, la reforma de las políticas activas de empleo y la prolongación de la protección por desempleo mediante el diseño del programa denominado PREPARA. Todo ello pactado en el *Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones*, firmado el 2 de febrero de 2011²⁸.

Finalmente se entra en una nueva etapa. El 25 de enero de 2012 las organizaciones sindicales y empresariales más representativas recuperaron el diálogo social bipartito y suscribieron el *II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva*. El diálogo social estaba, así pues, nuevamente vivo y produciendo efectos tan importantes como una estricta moderación salarial o una mayor

²⁸ El texto del Acuerdo puede consultarse en <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/downloadFile.do?tipo=documento&id=1085&idContenido=332>. De este Acuerdo derivaron después, efectivamente, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social; el Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo; y el Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas.

descentralización de la negociación colectiva. Sin embargo, el Gobierno desprecia el Acuerdo y, con él, el propio valor del diálogo social y se apresta a realizar la reforma laboral de 2012, de cuya dureza presume ante las autoridades europeas²⁹.

No cabe duda, por tanto, de que una de las características de este tiempo es el papel fluctuante del diálogo social. Ha tenido idas y venidas y, salvo el breve íterin aludido, no pude decirse que haya resultado crucial en la conformación de las decisiones frente a la crisis. Ello es extraño en un país como el nuestro que posee una tradición muy arraigada de diálogo social. Pero es también el síntoma, y ello es lo más importante, de cómo los imperativos económicos están descomponiendo los elementos laborales básicos en un Estado social y democrático de Derecho. Afirmado, como vimos antes, el valor trascendente del diálogo social, nos encontramos con un hacer político y normativo que no tiene en consideración el mismo.

La elusión del diálogo social significa evitar el ejercicio del papel que los sindicatos (y también las asociaciones empresariales) tienen en la definición de las políticas públicas, con lo que de alguna manera las funciones que se les atribuye por parte de la Constitución en defensa de los intereses que representan, esas que les configuran como representación institucional, quedan en entredicho. A ello hay que sumar la concepción que rezuma la reforma laboral de 2012, en la que, según vimos antes, la presencia y, sobre todo, la participación del sindicato en la negociación colectiva y la toma de decisiones empresariales queda muy debilitada. Lo que debilita, a su vez, el ejercicio efectivo de las funciones constitucionales que deben realizar en defensa de los intereses de los trabajadores dentro de la relación de trabajo. Por último, no está de más recordar la intensa (e interesada) campaña de desprestigio a la que están

²⁹ Es conocido cómo el Presidente del Gobierno, pocos días después de la firma del Acuerdo a que me estoy refiriendo, comenta entre sus colegas del Consejo europeo que la reforma laboral que está preparando “le va a costar una huelga” (<http://www.publico.es/419493/rajoy-pillado-la-reforma-laboral-me-va-a-costar-una-huelga>).

sometidos desde algunos medios de comunicación o dirigentes políticos (no me estoy refiriendo a la denuncia de comportamientos sin duda reprobables, sino a esa otra “lluvia fina” en la que una y otra vez se pone en cuestión cuál es su papel y cómo debe ser su actuación). Todo unido dibuja un panorama donde la figura y el rol del sindicato no se corresponde lo más mínimo con el carácter promocional del hecho sindical que, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional 229/2002, de 9 de diciembre, asumen los arts. 7 y 28.1 de la Constitución. Ni tampoco –creo- con el mandato de favorecer el cumplimiento de sus funciones en representación y defensa de los intereses de los trabajadores que, de conformidad con la Sentencia 281/2005, de 7 de noviembre, debe demandarse por ser sujetos centrales de un Estado social y democrático de Derecho.

No se trata, en este caso, de un punto en concreto de una norma concreta que podamos reputar, con base en esta doctrina constitucional, contrario a la Constitución. Pero sí de un ambiente o contexto que no responde a sus exigencias y que, en ese sentido, difuso pero real, podría calificarse de inconstitucional (Baylos 2013a, 32-33).

5 ELEMENTOS CONSTITUCIONALES DE CARACTER INDIVIDUAL: SALARIO MINIMO INTERPROFESIONAL Y CAUSALIDAD DEL DESPIDO. UN ALEGATO CONTRA EL “CONTRATO UNICO”

En el catálogo de anclajes constitucionales del Derecho del Trabajo también figuran algunos elementos de carácter individual. Entre ellos, elijo el salario mínimo interprofesional y la causalidad del despido porque son dos de los elementos más “golpeados” por esa tendencia a banalizar los imperativos constitucionales en aras de una presunta eficiencia económica.

En efecto, rara vez en el debate público sobre las funciones o disfunciones del salario mínimo interprofesional se recuerda que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, éste es uno de los elementos de la relación de trabajo derivados de ser el nuestro un Estado social y democrático de Derecho. En su Sentencia 31/1984, de 7 marzo, con argumentos que luego reitera la Sentencia 27/2004, de 4 de marzo, lo que nos da idea de la consolidación de la doctrina, el Tribunal Constitucional dice expresamente:

“la institución del salario mínimo constituye una intervención coactiva en las relaciones de trabajo que encuentra su justificación en la protección de un interés que se estima digno y necesitado de atención por el Estado”³⁰.

Y a continuación enuncia cuáles son los valores constitucionales que justifican dicha intervención:

“un Estado social y democrático de Derecho, que propugna entre los valores superiores de su ordenamiento jurídico la justicia y la igualdad, y en el que se encomienda a todos los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y los grupos en los que se integra sean reales y efectivas, ha de completar [la negociación colectiva sobre salarios] estableciendo desde los poderes públicos a los que compete la gobernación unos techos salariales mínimos que, respondiendo a aquellos valores de justicia e igualdad, den efectividad al mandato constitucional del art. 35.1 [esto es, el derecho a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades del trabajador y su familia]”³¹.

Creo conveniente recordar esta vinculación entre la institución del salario mínimo interprofesional y el Estado social y democrático de Derecho porque hay quienes parecen considerar el primero como un obstáculo para la creación de empleo y, por tanto, recomiendan su supresión o que, al menos, se limite su campo de actuación. Es una reivindicación de algunas organizaciones empresariales, a las que la lucha contra el paro les sirve de coartada para intentar hacer

³⁰ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/284> (Fundamento Jurídico 11º).

³¹ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/284> (Fundamento Jurídico 9º) y <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/5032> (Fundamento Jurídico 4º).

realidad las pretensiones “libertarias” que siempre defendieron³². Pero, más que éstas, me interesa resaltar, porque es más preocupante, que es también una propuesta de muchos economistas de alto prestigio. En el *Informe Anual 2012 del Banco de España*, en el apartado dedicado a cuál es el papel que debe jugar la política económica, se expresa lo siguiente:

“la gravedad de la situación por la que atraviesa el mercado laboral aconseja [...] la adopción de medidas adicionales que promuevan la creación de empleo a corto plazo y faciliten la flexibilidad de los salarios. Entre ellas, [...] la posibilidad de establecer nuevas fórmulas que permitieran, en casos especiales, la desviación temporal respecto a las condiciones establecidas en la negociación colectiva, o mecanismos excepcionales para evitar que el salario mínimo actúe como una restricción para grupos específicos de trabajadores con mayores dificultades para su empleabilidad”³³.

Este párrafo ilustra quizá mejor que ningún otro el fenómeno de la banalización de los derechos laborales fundamentales a que vengo aludiendo. Dada la alta institución a la que pertenece, no puede pensarse que se trate de un problema de simple ignorancia jurídica sobre la interpretación de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional. Más bien de falta de consideración hacia la

³² Entre los que defienden esta propuesta se halla el Círculo de Empresarios, que entiende la rebaja del salario mínimo interprofesional como una condición para la creación de empleo entre los jóvenes (<http://www.publico.es/dinero/476140/el-circulo-de-empresarios-critica-los-presupuestos-generales-de-2014-por-ser-demasiado-suaves>). Probablemente hubiera que recordar a esta organización empresarial la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual: “una aplicación del sistema de salario mínimo interprofesional con reducciones para los trabajadores de dieciséis y hasta diecisiete años prescindiendo del indicado principio [el de ‘a trabajo igual, salario igual’], en cuanto se fundaría en la utilización de la ‘edad’ sin más razones como criterio de diferenciaciones salariales, estaría en contradicción con el mandato constitucional prohibitivo de la discriminación por razón de una circunstancia que ha de tenerse por incluida en la formulación genérica con la que se cierra el art. 14 de la Constitución” (<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/284>, Fundamento Jurídico 11º).

³³ <http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/12/Fich/inf2012.pdf> (p. 34).

misma por parte de los economistas que, además de las estrategias económicas, pretenden diseñar las políticas del mercado de trabajo. Sin ánimo de exhaustividad, hay al menos tres tesis de la interpretación constitucional de los derechos laborales que resultan desconocidas por el Banco de España.

La primera es la que acabamos de ver, es decir, la que vincula la existencia del salario mínimo interprofesional con los valores de justicia e igualdad y el Estado social y democrático de Derecho, además de con el mandato contenido en el art. 35.1 de la Constitución sobre el derecho a una remuneración suficiente para el trabajador y su familia. Lo que haría de dudosa constitucionalidad la exclusión de determinados trabajadores del círculo protector de dicha institución. La segunda y la tercera guardan relación con lo que el Banco de España denomina “desviación temporal respecto a las condiciones establecidas en la negociación colectiva”. Lo que de alguna forma va en contra de la garantía de la fuerza vinculante de los convenios colectivos, en la medida que se recomienda desviarse de ellos, esto es, no aplicar convenio colectivos en vigor en determinadas circunstancias. Frente a ello cabe oponer que, desde la Sentencia 58/1985, de 30 de abril, el Tribunal Constitucional ha entendido la fuerza vinculante de los convenios colectivos como derivada directamente de la Constitución y, por tanto, toda desviación respecto de los contenidos establecidos por convenio colectivo como un posible atentado contra el art. 37.1 de la misma³⁴. Por otro lado, cabe recordar que la práctica de excluir determinados colectivos de trabajadores del ámbito de los convenios colectivos fue considerada como discriminatoria y, por ello mismo, inconstitucional por la Sentencia 136/1987, de 22 de julio, donde se apelaba precisamente a la debilidad del poder contractual de los trabajadores excluidos como causa de la discriminación:

“esa exclusión [...] de aquellos [...] grupos de trabajadores que, por la precariedad de su empleo o la modalidad de su contrato de trabajo, carecen de poder negociador por sí solos y, al mismo tiempo, se ven apartados contra su voluntad del ámbito de aplicación del convenio correspondiente

³⁴ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/438>
(Fundamento Jurídico 3º).

[...] puede no ser fruto de una mera ordenación de la negociación colectiva [...] sino más bien una vía para imponer injustificadamente condiciones de trabajo peyorativas a los trabajadores afectados”³⁵.

Piénsese que, si a juicio del Tribunal Constitucional, los trabajadores temporales carecen de poder negociador de sus condiciones de trabajo frente al empresario, menos poder tienen aún los que están en situación de desempleo y forman parte, como dice el Banco de España, de “grupos específicos de trabajadores con mayores dificultades para su empleabilidad”. Realmente lo que sucede con estos trabajadores es que no poseen poder alguno y, por tanto, con la estrategia de excluirlos de los convenios colectivos definida por dicho Organismo lo único que se pretende es que no haya cortapisa para contratarlos, aprovechando su debilidad, al precio más bajo posible. Lo que no sé si es eficiente desde la perspectiva económica, pero sí desvela una despreocupación absoluta por los derechos laborales y, en el terreno de lo jurídico, una clara falta de observancia de su interpretación constitucional.

Una segunda vinculación entre elementos sustanciales de la relación de trabajo y requerimientos del Estado social y democrático de Derecho es la que se refiere a la causalidad del despido.

Como se recordará, desde la conocida Sentencia 22/1981, de 2 de julio, el Tribunal Constitucional ha vinculado la causalidad del despido con el derecho al trabajo reconocido en el art. 35.1 de la Constitución:

“el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, supone también [...] el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa”³⁶.

³⁵ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/868>
(Fundamento Jurídico 5º).

³⁶ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/22>
(Fundamento Jurídico 8º).

Pero en su Sentencia 192/2003, de 27 de octubre, fue mucho más allá, uniendo la necesidad de despedir con causa con el propio principio del Estado social y democrático de Derecho:

“exigencias constitucionales [...] hacen que rija entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma. [Es verdad que nuestra Constitución también reconoce la libertad de empresa], pero lo que resulta claro es que *no puede deducirse* de esa libertad [...] ni una absoluta libertad contractual ni tampoco *un principio de libertad ad nutum del despido, dada la necesaria correspondencia que debe establecerse entre los arts. 35.1 y 38 de la Constitución y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho*”³⁷.

A la luz de esta conexión entre causa para despedir y requerimientos de nuestro modelo de Estado, podemos enjuiciar dos figuras donde nuevamente encontraremos ese proceso de banalización o des-constitucionalización del Derecho del Trabajo. La primera es el llamado “contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores”, introducido en nuestro ordenamiento jurídico por el art. 4 de la Ley 3/2012. Más allá del formalismo o del nombre elegido para bautizarlo, quienes conocemos la normativa laboral sabemos que un contrato de trabajo pretendidamente indefinido donde se inserta un periodo de prueba de un año, en realidad no es más que un contrato temporal de esa misma duración encubierto. Pero, a diferencia de lo que ocurre con otros contratos temporales, en éste no se exige causa que justifique su temporalidad. Peor aún, durante el año que dura el periodo de prueba del contrato pretendidamente indefinido, el empresario puede despedir al trabajador en cualquier momento, sin alegar causa alguna, y sin pagar ninguna indemnización. Es decir, durante ese año existe libertad absoluta para despedir.

Bien, por mucho que se encubra esta situación, lo cierto es que es difícilmente compatible con la doctrina constitucional acerca de la necesaria causalidad del despido. El Tribunal Constitucional deberá pronunciarse sobre ello, ya que es uno de los argumentos

³⁷ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/4967> (Fundamento Jurídico 4º). El subrayado es mío.

utilizados en el recurso de inconstitucionalidad presentado por algunos grupos parlamentarios frente a la reforma laboral de 2012³⁸. Entre tanto, ya hay resoluciones que desenmascaran la estrategia existente tras este tipo de figuras y la consideran una forma de devaluar los derechos laborales fundamentales.

En efecto, siguiendo las indicaciones de la Troika, y según había pactado en el Memorándum para su rescate financiero, el Gobierno griego introdujo un período de prueba de un año de duración en los nuevos contratos de trabajo. Esta nueva legislación fue impugnada ante el Comité Europeo de Derechos Sociales por algunos sindicatos griegos, por considerarla contraria a los mandatos de la *Carta Social Europea*. El 5 de febrero de 2013, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó por unanimidad la *Resolution CM/ResChS (2013) 2*, entendiendo que un periodo de prueba de un año está, efectivamente, en contradicción con el art. 4.4 de la misma, donde se reconoce “el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo”. Los argumentos esgrimidos por el Comité Europeo de Derechos Sociales son así de contundentes:

“la única justificación aceptable para un despido inmediato es una falta grave. Si bien es legítimo establecer periodos de prueba [...] el concepto no debería ser tan amplio y su duración tan prolongada que las garantías relativas a la notificación y el pago de una indemnización por despido se convirtieran en ineficaces. [La nueva legislación griega] no ha previsto que haya un periodo de notificación ni el pago de indemnización alguna en el caso de que un contrato de trabajo, que es calificado como ‘permanente’ por la ley, sea extinguido durante el periodo de prueba de un año establecido por la misma. En consecuencia, cualquier que sea la calificación que haya sido dada al contrato en cuestión, el Comité concluye

³⁸ También la OIT deberá pronunciarse al respecto, ya que, el 10 de mayo de 2012, los Secretarios Generales de CC.OO. y UGT presentaron ante la misma una Queja en la que denuncian que este contrato con su periodo de prueba de un año supone una violación del Convenio número 158, sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. El texto de la Queja puede consultarse en <http://www.ugt.es/actualidad/2012/mayo/Queja%20OIT%20RDL%203-2012%20Despido.pdf>.

que [la nueva legislación griega] constituye una violación del art. 4.4 de la Carta Social Europea³⁹.

Pese a ello, el Gobierno de España persiste en el debilitamiento de la causalidad del despido mediante este “subterfugio” de un periodo de prueba de un año dentro de un contrato pretendidamente indefinido. Lejos de acoger las tesis del Comité Europeo de Derechos Sociales, ha ampliado la posibilidad de realizar esta clase de contratos. En el art. 2 del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, la que, por el momento, es su última reforma laboral, ha establecido la posibilidad (no contenida en el art. 4 de la Ley 3/2012) de utilizar el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores también a tiempo parcial. Lo que, cuando menos, indica la contumacia del Gobierno de nuestro país en su desconocimiento de la interpretación constitucional de los derechos laborales fundamentales.

Igual de contumaces son algunos economistas de reconocido prestigio. Desde hace un tiempo, y con el objetivo de luchar contra la dualidad o segmentación de nuestro mercado de trabajo, hay algunos insignes economistas que están proponiendo el denominado “contrato único”. Reconocidos miembros de la Fundación de Estudios de Economía Aplicada⁴⁰ o el propio

³⁹ <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2029575&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>. Con base en la aplicación de esta jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales, que es vinculante para todos los países que han ratificado la Carta Social Europea, entre los que se encuentra España, el Juzgado número 2 de Barcelona ha considerado que la extinción durante el periodo de prueba de un año de un contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores debe entenderse un despido y, por tanto, debe abonarse la correspondiente indemnización por parte del empresario. Esta Sentencia puede consultarse en http://www.ugt.es/actualidad/2013/diciembre/188951481-Sentencia_emprendedores.pdf.

⁴⁰ <http://www.fedeablogs.net/economia/?p=30703>.

Comisario Europeo de Empleo y Asuntos Sociales⁴¹ se encuentran entre ellos. También el Fondo Monetario Internacional parece inclinarse por una propuesta de este tipo. En su último Informe sobre España, de agosto de 2013, este Organismo internacional, después de reiterar que la excesiva utilización de la contratación temporal es uno de los males de nuestro mercado de trabajo, nos recomendaba lo siguiente:

“reducir la temporalidad: lo ideal sería reducir el número de contratos, basándose en un contrato permanente con costes de despido inicialmente bajos que fueran incrementándose conforme la duración del mismo fuera prolongándose. Alternativamente, la indemnización por despido de los contratos indefinidos debería alinearse con los niveles medios de los países de la Unión Europea, el ámbito de la interpretación judicial en el despido debería reducirse, y relajarse los criterios sobre las personas que pueden ser contratadas mediante el nuevo contrato permanente [de apoyo a los emprendedores]”⁴².

Vaya por delante que comparto con todos los defensores del llamado “contrato único” el diagnóstico sobre la excesiva temporalidad en la contratación habida en España y que dicha característica es una de las condiciones más perversas de nuestro mercado de trabajo. Lo que no creo es, primero, en el efecto taumáturgico de ninguna figura contractual. Guiados quizá por la soberbia intelectual, los defensores del “contrato único” entienden que la situación de desempleo existente en nuestro país es deudora de la propia dualidad del mercado de trabajo y que, por ello, acortando las diferencias entre los derechos de trabajadores fijos y temporales mediante la introducción del “contrato único”, se acabaría, al mismo tiempo, con las altas tasas de paro. Sinceramente, en un país que ronda los 6 millones de personas en situación de desempleo, con una economía todavía maltrecha, y unos niveles de consumo e inversión muy bajos, pretender que la introducción de una figura contractual puede ser la solución a tantos

⁴¹ <http://www.publico.es/dinero/455261/bruselas-defiende-un-contrato-unico-abierto-en-espana>.

⁴² <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2013/cr13244.pdf> (p.13).

problemas es tener una fe ciega en las normas laborales o una miopía intelectual muy severa.

Pero es que, además, bajo la aparente inocencia de una proposición de este tipo, se esconden algunas estrategias normativas en relación con la regulación del despido que es conveniente aclarar. Para empezar el “contrato único” es una forma de llamar contrato fijo a lo que en realidad no es sino un puro contrato temporal. No sé si sus defensores saben (aunque intuyo que sí) que, cuando el coste del despido no tiene una cierta consistencia (tal como sucede en relación con su propuesta), de manera que actúe como un desincentivo a su utilización por parte del empresario, se llame como se llame su contrato, el trabajador puede ser despedido en cualquier momento porque el coste de oportunidad de hacerlo es prácticamente inexistente. Es decir, cualquier trabajador se convierte de facto en un trabajador temporal, porque, pudiendo ser despedido en cualquier momento, no tiene asegurada más que nominalmente la duración indefinida de su relación laboral.

Es también una manera de eludir el control judicial de la decisión de despedir. Salvo que se alegue vulneración de los derechos fundamentales, los defensores del “contrato único” no contemplan la posibilidad de impugnación judicial frente al despido. Lo que supone convertir la decisión del empresario de dar por finalizado el contrato de trabajo en la única decisión de nuestro ordenamiento jurídico que no se sometería a un control de legalidad. Además de quebrantar, muy probablemente, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución, en la medida que despoja al trabajador de la posibilidad de probar en juicio un uso arbitrario o abusivo de los poderes de despido que la legislación confiere al empresario.

Por otro lado, y en relación con el art. 35.1 de la Constitución, en mi opinión, el “contrato único” es claramente inconstitucional. En aplicación de la doctrina constitucional sobre la causalidad del despido de las Sentencias del Tribunal Constitucional 22/1981, de 2 de julio, y 192/2003, de 27 de octubre, en nuestro ordenamiento

jurídico no cabe el “despido libre”, esto es, el que no está basado en una justa causa. Al contrario, dada la relación existente entre la causalidad del despido y el derecho al trabajo, toda decisión de dar por extinguida la relación laboral debe estar fundada en una causa. Ello no significa que la inexistencia de la misma suponga la readmisión inmediata del trabajador, es verdad, ya que en nuestro ordenamiento jurídico no rige la tutela real frente al despido. Pero sí que, ante la inexistencia de causa que justifique la decisión de despedir, el empresario deba ser sancionado o deba soportar un “castigo” que no existe cuando la decisión de despido sí está basada en una justa causa.

Ante ello es claro que, una versión del “contrato único” donde no se exija causa alguna para poder darlo por finalizado, parece que no casa en modo alguno con la interpretación constitucional de la relación entre causalidad del despido y derecho al trabajo que se acaba de enunciar y, por ello, que deba considerarse, efectivamente, inconstitucional. Alguna otra versión del “contrato único”, elaborada tras asumir la tacha de inconstitucionalidad que podía cernirse sobre esa primera, establece una doble escala indemnizatoria que diferencia el despido con causa del despido sin causa dentro de la propia figura del “contrato único”⁴³. Bien, ello puede servir para despejar algunas dudas al respecto de su ajuste al art. 35.1 de la Constitución; sin embargo, hace que la figura pierda alguna de sus señas de identidad iniciales, entre ellas su aparente simplicidad y la falta de control sobre la decisión empresarial de despedir. Entonces la pregunta es ¿qué aporta el contrato único? Máxime cuando alguno de sus defensores, que hasta hace poco tiempo entendían que debía sustituir a todos los contratos temporales, empiezan ahora a señalar que debería convivir con alguno de ellos, de manera que la dualidad que se pretende combatir con la figura seguiría existiendo a pesar de la introducción de la misma.

⁴³ <http://lawcenter.es/w/blog/view/3512/¿es-juridicamente-viable-el-contrato-unico>.

Tal vez la respuesta se halle en lo que siempre he considerado que es en verdad el “contrato único”: una estrategia para abaratar las indemnizaciones por despido. Hay que indicar que, cuando sus defensores hablan de que es necesario acortar las diferencias en derechos entre el trabajo indefinido y el trabajo temporal, por ser esas diferencias las causas del uso excesivo de este último, están pensando, fundamentalmente, en las diferencias en relación con la indemnización por despido. Para ellos, con la finalidad de acabar con la dualidad del mercado de trabajo, habría que equiparar las indemnizaciones por despido de trabajadores fijos y temporales, en la dirección de reducir las de los primeros hasta equipararlas prácticamente con las de los segundos. Basta con leer las recomendaciones del Informe del Fondo Monetario Internacional antes citado para darse cuenta de ello, en la medida que, como propuesta alternativa a la existencia de un único contrato, se señala, justamente, el alineamiento de la indemnización por despido con las de otros países de la Unión Europea. Es más, en ninguna de las propuestas sobre “contrato único” realizadas en nuestro país, la indemnización más alta que pudiera abonarse alcanzaría jamás la cuantía de las indemnizaciones que hoy se pagan –y recuérdese que la cuantía de éstas ya ha sido muy rebajada en la reforma laboral de 2012- por el despido sin causa de un trabajador fijo.

Y es aquí donde radica otra de las razones que avalan el proceso de devaluación de los derechos laborales fundamentales que se viene denunciando. Porque aquellos que piensan que las indemnizaciones por despido injusto son demasiado elevadas y deberían recortarse al máximo (lo digan expresamente o inventándose figuras contractuales aparentemente milagrosas) están desconociendo el valor constitucional que posee esta institución. En su Sentencia 20/1994, de 27 de enero, el Tribunal Constitucional conectaba, nuevamente, la reacción frente al despido injustificado con el derecho al trabajo del art. 35.1 de la Constitución y el propio significado del Derecho del Trabajo:

“la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido [...] debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1.1 de la Constitución),

cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador⁴⁴.

De ahí que, aun creyendo que la dualidad es, efectivamente, nociva para nuestro mercado de trabajo, no esté de acuerdo con propuestas como las del “contrato único”. Y es que no creo que las soluciones a nuestros problemas pasen por devaluar los derechos fundamentales laborales, sino por hallar respuestas dentro de ellos. Para mí, a diferencia de lo que piensan muchos de los economistas y algunos juristas que hacen estas propuestas, los derechos laborales fundamentales no son una traba para el funcionamiento “eficiente” del mercado de trabajo. Son otra cosa, y así he intentado demostrarlo en estas páginas: componentes esenciales de nuestro Estado social y democrático de Derecho, elementos de equilibrio de poder en las relaciones de trabajo y piezas esenciales de la convivencia democrática.

Uno y otro día, los imperativos económicos, vestidos de propuestas para salir de la crisis y luchar contra el desempleo, desconocen y devalúan estos derechos y la interpretación que de ellos ha hecho hasta ahora el Tribunal Constitucional. Uno y otro día asistimos, por tanto, a la banalización del Derecho del Trabajo. Como juristas comprometidos con nuestra disciplina, el mejor arma que tenemos es recordar y oponer frente a sus desmanes, uno y otro día, como hacen ellos, los anclajes constitucionales del mismo.

BIBLIOGRAFIA CITADA:

Baylos, A. (2013a), “La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral de 2012”, en *Revista de Derecho Social*, nº 61, pp. 19-41.

Baylos, A. (2013b), “La contracción del Estado social”, en *Revista de Derecho Social*, nº 63, pp. 11-34.

⁴⁴ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2537>
(Fundamento Jurídico 2º).

Díaz, E. (1992), *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid (octava reimpresión).

Escudero Alday, R. (2013), *Modelos de democracia en España 1931 y 1978*, Península, Madrid.

Fernández López, M. F. (2011), "Libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional", en *Revista de Derecho Social*, nº 55, pp. 25-57.

Ferrajoli, L. (2011), "Decostituzionalizzazione del sistema politico italiano", en <http://www.controlacrisi.org/notizia/Politica/2011/5/12/12646-Luigi-Ferrajoli:-decostituzionalizzazione-del-sistema/>

Ferret, J. (1988), "El artículo 9.2 de la Constitución como parámetro del control de constitucionalidad", en *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 77-107

Offe, C. (2000), "Some Contradictions of Modern Welfare State", en Pierson, C. y Castles, F. G. (Ed.), *The Welfare State Reader*, Polity Press, Cambridge, pp. 67-76

Petersen, K. y Petersen, J. H. (2013), "Confusion and divergence: Origins and meanings of term 'welfare state' in Germany and Britain, 1840-1940", en *Journal of European Social Policy*, vol. 23, nº 1, pp. 37-51

Pisarello, G. (2011), *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Trotta, Madrid

Rodríguez Zapatero, J.L. (2013), *El dilema: 600 días de vértigo*, Planeta, Barcelona

Sotelo, I. (2010), *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Trotta, Madrid

(*) Todas las web citadas han sido revisadas el 19 de enero de 2014.

Del lavoro sommerso o, meglio, “non dichiarato”: una tipizzazione giuridica fondata sul concetto di “attività remunerata”*

Edoardo Ales

DIRITTI LAVORI MERCATI

Volume 2014, issue 1, pp. 11-25

“La gravità, l’ampiezza e la complessità del fenomeno del lavoro sommerso e delle sue cause è la premessa di qualsiasi discorso in materia”

GAROFALO M.G. **°

1 PREMESSA

Nel lessico delle istituzioni comunitarie, il lavoro non dichiarato (*undeclared work*) è stato definito come “ogni attività remunerata, in sé legale ovvero non criminale, ma non dichiarata alle autorità pubbliche preposte secondo i differenti sistemi regolativi vigenti in ciascuno Stato Membro”¹.

* Il saggio, destinato agli Studi in Memoria di Mario Giovanni Garofalo, rielabora, *funditus*, la *Key-note speech* svolta al 6th *Annual Legal Seminar* dello *European Labour Law Network* (<http://www.labourlawnetwork.eu/>), tenutosi a Frankfurt am Main (Germania) dal 17 al 18 ottobre 2013 sul tema *Undeclared work*.

° GAROFALO M.G., *Le iniziative regionali in materia di lavoro sommerso: gli indici di congruità*, in PINTO (a cura di), *Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare*, Cacucci, 2008, II edizione, p. 63.

¹ EUROPEAN COMMISSION, *Communication on undeclared work*, COM(1998) 219 *final*, ripresa e ribadita da EUROPEAN COMMISSION,

Condivisibilmente si ritiene che una simile definizione, fondata sul concetto di attività remunerata, sia stata adottata in quanto

“it allows for the inclusion of forms of undeclared work that are popular in Europe and which are excluded in enterprise and/or jobs-based definitions. Prominent examples include: the under-reporting of income by self-employed people and formal businesses, which are excluded in an enterprise-based definition; and ‘envelope wages’, whereby a formal employee receives part of their wage on a declared basis and the remainder on an undeclared basis. Both jobs and enterprise-based definitions omit these forms of undeclared work, since the worker is in a formal job and the work takes place in a registered enterprise”².

Peraltro, l'espressione lavoro non dichiarato è, ad avviso di chi scrive, quella che, dal punto di vista giuridico, meglio consente di dotare di significato il fenomeno comunemente evocato come lavoro 'nero' o 'sommerso'. Per il giurista, infatti, entrambi gli aggettivi, così come i loro contrari 'bianco' ed 'emerso', sono privi di significato tecnico, mentre 'dichiarato' evoca, in maniera inequivocabile, l'avvenuto adempimento degli obblighi giuridici che l'ordinamento di riferimento impone a chi utilizza e a chi fornisce una prestazione lavorativa remunerata.

Lo stesso può dirsi di 'irregolare' e del suo contrario 'regolare', così come dell'espressione “lavoro prestato irregolarmente”³, la quale, tuttavia, soprattutto nella prospettiva dell'applicazione dell'apparato sanzionatorio, sconta il margine di indeterminatezza legato all'individuazione della 'regola' da applicare nella singola fattispecie.

Stepping up the fight against undeclared work, COM(2007) 628 final. Sulle posizioni della Commissione Europea in materia di lavoro non dichiarato v., almeno, con toni più o meno critici, BARBIERI, *L'intervento comunitario di contrasto al lavoro nero alla luce dell'esperienza italiana*, in RIDL, 2010, III, p. 85 ss.; ZOPPOLI L., *Unione Europea e lavoro sommerso: nuove attenzioni e vecchie contraddizioni*, in RGL, 2008, I, p. 81 ss.; BELLAVISTA, *Il lavoro sommerso*, Giappichelli, 2002, p. 7 ss.

² WILLIAMS, RENOY, *Measures to tackle undeclared work in the European Union*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2008, p. 5.

³ Così, riprendendo Dell'Olio, FAIOLI, *Il lavoro prestato irregolarmente*, Giuffrè, 2008.

D'altronde, una simile impostazione risulta, ora, direttamente confermata dal legislatore italiano, il quale, nel riscrivere, con l'art. 4 l. 4 novembre 2010 n. 183, la disciplina della cosiddetta maxisanzione per il lavoro sommerso (originariamente introdotta dall'art. 3 d.l. 22 febbraio 2002 n. 12 come convertito dalla l. 23 aprile 2002 n. 73)⁴, la rende applicabile esclusivamente a quelle fattispecie nelle quali il datore di lavoro abbia omesso la comunicazione preventiva della instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato dovuta ai sensi dell'art. 9-*bis*, co. 2 d.l. 1 ottobre 1996 n. 510, come convertito dalla l. 28 novembre 1996 n. 608 e da ultimo sostituito dall'articolo unico, comma 1180, della l. 27 dicembre 2006 n. 296 (Finanziaria per il 2007)⁵.

La scelta di far riferimento al mancato adempimento dell'obbligo preventivo di comunicazione⁶ al fine di definire l'elemento oggettivo che determina l'applicazione della maxisanzione, espone il legislatore italiano alle critiche già autorevolmente mosse in dottrina⁷ alla Commissione Europea circa la portata (in apparenza) necessariamente escludente dell'espressione 'lavoro non dichiarato' rispetto a quelle forme limitrofe, ma quantitativamente e qualitativamente non meno importanti, che potremmo qui definire di 'dichiarazione parziale' e di 'dichiarazione non conforme alla fattispecie concreta' dell'attività lavorativa⁸.

Tuttavia, proprio il riferimento alla dichiarazione (anche nella sua forma parziale o non conforme) quale significante giuridico comune

⁴ Sul punto v. BRUN, *Art. 4 Misure contro il lavoro sommerso*, in NOGLER, MARINELLI, *La riforma del mercato del lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, Utet Giuridica, 2012, p. 27 ss. e GAROFALO D., *Le misure contro il lavoro sommerso nel Collegato Lavoro 2010*, in LG, 2011, p. 71 ss.

⁵ Sul punto v. FILI, *La comunicazione anticipata dell'assunzione e gli adempimenti successivi*, in LG, 2007, p. 233 ss.

⁶ Espressione tipica con la quale, pressoché ovunque, ovviamente nelle diverse lingue, si indica la dichiarazione dell'attività lavorativa.

⁷ VISCOMI, *Profili giuridici del lavoro sommerso*, in questa rivista, 2000, p. 379 ss. e, in particolare, pp. 384-385.

⁸ V., *infra*, par. 4.

alle varie fattispecie latamente riconducibili al lavoro ‘sommerso’⁹, consente, ad avviso di chi scrive, di superare le critiche appena richiamate, enfatizzando, di contro, la portata includente, nella nozione di lavoro non dichiarato, di dette forme limitrofe, attribuibile alla dichiarazione, vista, appunto, quale elemento giuridico pregnante, negato, parzialmente affermato o mistificante la fattispecie concreta¹⁰.

Partendo, dalla definizione sopra enunciata, ci si ripromette di analizzare la nozione di attività remunerata; di individuare gli obblighi, attivi e passivi, di dichiarazione (spesso anche detti di registrazione o comunicazione) che incombono sulle parti, il loro oggetto, le loro finalità generali e specifiche e le autorità pubbliche coinvolte nel loro adempimento; di tipizzare, infine, le violazioni riferibili a detti obblighi, riconducendole alla persona giuridica o fisica sulla quale essi incombono a seconda dell’attività esercitata.

2 LA NOZIONE DI ATTIVITÀ REMUNERATA

Nella prospettiva oggetto di analisi, l’attività remunerata (*paid activity*) assume due forme idealtipiche: quella d’impresa, svolta da una persona giuridica, e quella di lavoro, posta in essere da una persona fisica, nell’ambito di una rapporto autonomo o subordinato. Si tratta, con tutta evidenza, di una distinzione grossolana, tenuto conto delle ben note difficoltà di differenziazione dell’attività d’impresa da quella di lavoro autonomo¹¹, e, all’interno di quella di lavoro, tra autonomia (coordinata) e (quasi) subordinazione¹².

⁹ Di lavori sommersi, a sottolinearne la molteplicità, parla, invece, VISCOMI, *op. cit.*, pp. 385-386.

¹⁰ Sulla diversa scelta operata, inopinatamente ad avviso di chi scrive, da parte del legislatore italiano, v. *infra* par. 4.

¹¹ Sul punto, da ultimo, RAZZOLINI, *Piccolo imprenditore e lavoro prevalentemente personale*, Giappichelli, 2012. Spunti, con riferimento all’impresa artigiana, in MOCELLA, *Impresa artigiana e diritto del lavoro*, ESI, 2005.

¹² Sul punto v., almeno, tra i più recenti e stimolanti, PERULLI, *Il lavoro autonomo tradito e il perdurante equivoco del “lavoro a progetto”*, in *DRI*,

A prescindere dal gusto della concettualizzazione tassonomica, come sempre nella prospettiva giuridica, anche in questo campo, distinzioni e definizioni risultano cruciali. Anzitutto perché dalla qualificazione dell'attività come d'impresa o di lavoro discendono obblighi diversi per le parti, i quali, nel primo caso, vengono piuttosto classificati di registrazione, mentre, nel secondo, come detto, di dichiarazione. Inoltre, ma forse anche prioritariamente, perché la branca del diritto applicabile e, al suo interno, il regime giuridico di riferimento, cambiano a seconda della qualificazione dell'attività, qualificazione che, a sua volta, porta con sé oneri legali e finanziari diversi che accompagnano la registrazione e/o la dichiarazione.

In questa prospettiva, il soggetto che intende svolgere l'attività remunerata è chiamato, unilateralmente o negozialmente, a scegliere, a fini di registrazione e/o dichiarazione, lo strumento giuridico che, tra quelli offerti dall'ordinamento di riferimento, meglio si attaglia alla fattispecie concreta¹³. In alcuni casi, questo processo di auto-qualificazione può essere agevole; in altri difficoltoso,

2013, p. 1 ss.; BORZAGA, *Lavorare per progetti. Uno studio su contratti di lavoro e nuove forme organizzative d'impresa*, Cedam, 2012; MARTELLONI, *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, Bononia University Press, 2012; PASSALACQUA, *La nuova disciplina del lavoro autonomo e associato*, Utet Giuridica, 2012. In una prospettiva comunitaria e/o comparatistica v. BORZAGA, *op. cit.*; NOGLER, *The concept of "subordination"*, in *European and comparative law*, Quaderni Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento, 2009; VETTOR, *Tra autonomia e subordinazione. Problemi definitivi e tendenze regolative negli ordinamenti giuridici europei*, in PALLINI (a cura di), *Il "lavoro a progetto" in Italia e in Europa*, il Mulino, 2006, p. 163 ss.; PERULLI, *Economically dependent/quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects*, 2003, in <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2510&langId=en>.

¹³ L'affermazione è ardita e il terreno estremamente sdruciolevole, come dimostra l'impegno profuso dalla migliore dottrina in tema di certificazione nel chiarire che "la qualificazione del contratto non spetta alle parti": NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *DLRI*, 2004, p. 209 ss. Qui si intende sostenere che, comunque, la parte è chiamata a una scelta inevitabilmente (anche se a-tecnicamente) qualificatoria, sulla quale fondare la dichiarazione dell'attività remunerata come d'impresa o di lavoro.

primariamente a causa delle incertezze qualificatorie/definitorie di cui, sovente, soffre l'ordinamento giuridico di riferimento; in altri ancora, e sono probabilmente i più numerosi, la pesantezza degli oneri giuridici e finanziari riconducibili alla corretta qualificazione della fattispecie concreta induce la parte o le parti a optare in favore di una diversa e meno onerosa qualificazione¹⁴, seguita da una dichiarazione non rispondente alla qualificazione tipizzata dall'ordinamento o, più radicalmente, da un'assenza di dichiarazione e/o di registrazione dell'attività remunerata.

Come noto, incertezze qualificatorie sono rinvenibili sia con riferimento all'attività d'impresa che di lavoro. Quanto alla prima, esse sono principalmente legate alla circostanza che detta attività può essere svolta, in titolarità, anche da una persona fisica, la quale combina, dunque, l'attività lavorativa propria con l'organizzazione di attività remunerate svolte da altre persone, fisiche o giuridiche. In questi casi, ai fini che qui rilevano, l'attività è qualificata contemporaneamente come d'impresa e di lavoro, con la conseguenza che, negli ordinamenti nei quali vige l'obbligo assicurativo del lavoro autonomo, la persona fisica deve non solo registrare la propria attività d'impresa (spesso assumendo la veste di persona giuridica) ma anche auto dichiararla come di lavoro a fini previdenziali.

Quanto all'attività di lavoro, le incertezze qualificatorie sono nella maggior parte dei casi, se non esclusivamente, riconducibili alla presenza di rapporti il cui assoggettamento per intero alla disciplina del lavoro subordinato o autonomo, per modalità di svolgimento o condizione socio-economica del titolare, risulta difficile dal punto di vista giuridico o inaccettabile da quello sociale. Il caso paradigmatico è quello di colui o colei che, pur non svolgendo la propria prestazione sotto la direzione e il controllo di un datore di lavoro, neppure è completamente libero o libera di strutturare la propria attività, dato che quest'ultima si inserisce in

¹⁴ Considerazioni analoghe in BELLAVISTA, *op. cit.*, p. 9 e DELL'OLIO, *Il lavoro sommerso e la "lotta per il diritto"*, in *ADL*, 2000, p. 43.

un'organizzazione altrui rispetto alla quale deve essere coordinata con continuità.

Continuità e coordinamento, unitamente alla dipendenza economica¹⁵ spesso desunta dalla mono-committenza, sono caratteristiche dell'attività lavorativa che hanno indotto alcuni legislatori europei a estendere, sia pure con gli adattamenti ritenuti necessari, a tali rapporti parte dei diritti riconosciuti al lavoro subordinato, mantenendo, tuttavia, la qualificazione quale autonoma della fattispecie. In questo modo, tuttavia, gli stessi legislatori, pur rifuggendo l'idea del *tertium genus*, hanno finito per certificare l'esistenza, almeno ai fini della dichiarazione, di nuove tipologie di attività lavorativa, autonoma coordinata o quasi subordinata.

3 GLI OBBLIGHI DI REGISTRAZIONE E DI DICHIARAZIONE

Come detto, dalla qualificazione della singola attività remunerata deriva la branca del diritto cui essa è assoggettata e, di conseguenza, gli obblighi di registrazione e/o dichiarazione ai quali è sottoposta. Dalla loro analisi emergono, tuttavia, notevoli intersezioni tra discipline giuridiche riferibili alla medesima fattispecie concreta. E così, se l'attività remunerata qualificata d'impresa è primariamente assoggettata al diritto commerciale e agli obblighi di registrazione ad esso connessi, nel caso sia svolta con lavoro prevalentemente personale¹⁶, essa è sottoposta anche al diritto della previdenza sociale, con conseguente necessario adempimento dei relativi obblighi di auto dichiarazione a fini

¹⁵ Sulla quale v. ora PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, Cedam, 2013 e, prima, RAZZOLINI, *Lavoro economicamente dipendente e requisiti quantitativi nei progetti di legge nazionali e nell'ordinamento spagnolo*, in *DLRI*, 2011, p. 631. Con riferimento precipuo alla dipendenza economica, si veda anche il caso tedesco della *arbeitnehmerähnliche Person*, sul quale NEUVIANS, *Die arbeitnehmerähnliche Person*, Duncker&Humblot, 2002.

¹⁶ Così RAZZOLINI, *Piccolo imprenditore*, cit.

assicurativi e contributivi. Lo stesso avviene per l'attività lavorativa prestata in forma autonoma, la quale, oltre ad essere sottoposta al diritto civile, è in molti casi soggetta a obblighi di dichiarazione a fini lavoristici e previdenziali, che diventano tanto più pregnanti quanto più emergono quelle condizioni di coordinamento o dipendenza economica richiamate in precedenza. Ovviamente qualsiasi attività remunerata è soggetta a obblighi fiscali, più o meno pesanti.

Parafrasando e utilizzando in maniera estensiva la formulazione adottata dal legislatore italiano per la prestazione di lavoro (art. 4-*bis* d.lgs. 21 aprile 2000 n. 181), oggetto della registrazione e/o della dichiarazione è la costituzione, trasformazione, estensione o cessazione di qualsiasi attività remunerata.

Quanto alle finalità, si può dire che, quattro sono quelle per le quali gli obblighi di registrazione e/o dichiarazione sono imposti da disposizioni appartenenti ai vari rami del diritto che governano le attività remunerate: (a) di *politica del lavoro* e di *protezione delle condizioni di impiego* attraverso il coinvolgimento dei servizi per l'impiego, degli ispettorati del lavoro e, in alcuni ordinamenti, delle autorità sanitarie; (b) di *protezione sociale* attraverso il coinvolgimento degli enti previdenziali e dei loro servizi ispettivi; (c) di avviamento delle attività d'impresa e di loro trasparenza; (d) fiscali.

Scendendo nel dettaglio delle finalità che più interessano il giuslavorista ovvero quelle di *politica del lavoro*, di *protezione delle condizioni d'impiego* e di *protezione sociale*, occorre precisare che attraverso di esse le autorità pubbliche preposte sono chiamate a realizzare alcuni obiettivi specifici. Infatti, la dichiarazione (comunicazione) dell'attività di lavoro consente ai servizi per l'impiego di iniziare a porre in essere azioni fondamentali per l'implementazione delle politiche attive del lavoro, quali: (I) la cancellazione dalle liste di disoccupazione dei neo assunti; (II) l'assistenza e attivazione nella ricerca di nuova occupazione in caso di cessazione di un preesistente rapporto di lavoro; (III) la raccolta di dati statistici sui tassi di occupazione e di disoccupazione, ma anche, indirettamente, sui tassi di attività e di inattività.

In alcuni ordinamenti, i servizi per l'impiego sono chiamati a trasmettere, a loro volta, i contenuti della comunicazione ai soggetti preposti alla realizzazione delle finalità di *protezione dell'impiego* e di *protezione sociale*. Quanto ai primi, si tratta degli organi ispettivi incaricati del controllo sull'applicazione delle disposizioni inderogabili di legge o di contratto collettivo. Quanto ai secondi, degli enti previdenziali incaricati della gestione e dell'implementazione, spesso attraverso propri organismi ispettivi, degli schemi obbligatori, pubblici o privati, di base o integrativi, di previdenza sociale e delle prestazioni assistenziali¹⁷.

Gli obblighi di registrazione e/o dichiarazione si possono distinguere in attivi e passivi, a seconda che incombono sul soggetto che svolge l'attività o su quello che la utilizza.

In particolare, l'attività d'impresa è soggetta ad obblighi di registrazione a fini di avviamento, trasparenza e fiscali; inoltre,

¹⁷ Interessante, a tale proposito era stata la scelta operata da parte del legislatore italiano il quale, all'art. 14, co. 1, lett. d), d.l. 23 dicembre 2013 n. 145 (c.d. destinazione Italia), aveva previsto che "al fine di assicurare il migliore e più razionale impiego del personale ispettivo degli Enti Pubblici che gestiscono forme di assicurazioni obbligatorie, la programmazione delle verifiche ispettive, sia livello centrale che territoriale, da parte dei predetti Enti è sottoposta all'approvazione delle rispettive strutture centrali e territoriali del Ministero del lavoro e delle politiche sociali". La legge di conversione n. 9 del 2014 ha eliminato quella previsione. Peraltro, forse, non tutto il male vien per nuocere, visto che lo stesso Ministero del Lavoro nella persona del Ministro *pro tempore* Giovannini ha sottoscritto a gennaio 2014 il Protocollo d'intesa con il Consiglio Nazionale dei Consulenti del Lavoro sulla cosiddetta ASSE.CO (asseverazione di conformità) nel quale la Direzione Generale dell'Ispezione sul lavoro si impegna ad indirizzare la propria attività "in maniera assolutamente prioritaria" nei confronti delle imprese prive dell'asseverazione rilasciata dal consulente del lavoro all'uopo abilitato dall'Ordine Nazionale, rilascio subordinato alla verifica del rispetto da parte dell'impresa della normativa amministrativa e sostanziale in materia di lavoro. Si tratta, nei fatti, di una vera e propria esternalizzazione dell'attività ispettiva che suscita non poche perplessità. Meglio allora che i singoli enti previdenziali continuino a svolgere autonomamente e direttamente il ruolo loro assegnato dalla legge.

l'imprenditore nella sua qualità di datore di lavoro, è tenuto a dichiarare la costituzione, trasformazione, estensione o cessazione di ogni attività lavorativa prestata in suo favore a qualsiasi titolo, a fini di politica del lavoro, di protezione delle condizioni d'impiego e di protezione sociale; l'attività d'impresa svolta con lavoro prevalentemente personale è anche soggetta ad autodichiarazione a fini previdenziali. Il lavoro autonomo è sottoposto ad autodichiarazione a fini di protezione sociale e fiscali e, nel caso sia coordinato o considerato quasi subordinato, il committente è obbligato alla dichiarazione a fini di politica del lavoro, di protezione delle condizioni d'impiego, di protezione sociale e fiscali. Il lavoro subordinato, infine, deve essere dichiarato da parte del datore ai medesimi fini.

4 TIPOLOGIE DI VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI REGISTRAZIONE E/O DICHIARAZIONE

Le violazioni degli obblighi di registrazione e/o dichiarazione possono essere classificate in tre tipologie: (a) l'assenza di registrazione e/o dichiarazione; (b) la 'dichiarazione parziale'; (c) la 'dichiarazione non conforme alla fattispecie concreta'.

L'elemento soggettivo della violazione non è in sé rilevante ai fini dell'analisi che si sta sviluppando, essendo collegato, piuttosto al profilo sanzionatorio o di emersione¹⁸18. Lo diviene, tuttavia, se,

¹⁸ Sugli aspetti sanzionatori e di emersione nonché, più in generale, sugli strumenti di contrasto al lavoro non dichiarato nelle loro varie versioni succedutesi nel tempo, la letteratura, anche solo quella giuridica, è sterminata. V., almeno, senza pretesa di esaustività, oltre alle opere citate nelle note precedenti, BELLAVISTA, GARILLI, *Politiche pubbliche e lavoro sommerso: realtà e prospettive*, in *RGL*, 2012, I, p. 269 ss.; PINTO, *Gli interventi legislativi regionali di contrasto al lavoro nero e di sostegno all'emersione*, in *RGL*, 2012, I, p. 291 ss.; ID. (a cura di), *Le politiche pubbliche*, cit.; ID., *Sanzioni promozionali e indici di congruità nelle politiche di contrasto al lavoro irregolare*, in *RGL*, 2008, I, p. 25 ss.; BELLAVISTA, *La legge finanziaria per il 2007 e l'emersione del lavoro nero*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 55/2007; SCARPELLI, *L'emersione del lavoro nero nella legge Tremonti (dopo le modifiche*

come nel caso italiano, l'elemento oggettivo che fa scattare l'applicazione della maxi sanzione (assenza di preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro) coincide con la fattispecie da sanzionare (lavoro non dichiarato) e il legislatore esclude l'irrogazione della sanzione stessa "qualora, dagli adempimenti di carattere contributivo precedentemente assolti, si evidenzi comunque la volontà di non occultare il rapporto, anche se trattasi di differente qualificazione" (art. 3, co. 4, d.l. 12/02, come modificato dall'art. 4 l. 183/10). In una simile circostanza, infatti, la coincidenza tra elemento oggettivo della violazione, definizione della fattispecie da sanzionare ed esclusione della sanzione in presenza di un determinato elemento soggettivo cui è riconducibile la violazione, determina, di fatto, l'esclusione dalla nozione di 'lavoro non dichiarato' del lavoro dichiarato in maniera non conforme alla fattispecie concreta ¹⁹, con la conseguenza di rendere particolarmente appetibile quest'ultima pratica.

(a) La nozione di assenza di registrazione e/o dichiarazione è auto-evidente e può riguardare tutte le attività remunerate. Degne di attenzione sono, tuttavia, le modalità nelle quali essa si atteggia in considerazione del fatto che, come visto, spesso, sulla medesima attività remunerata incombono una pluralità di obblighi e che, altrettanto spesso, dall'adempimento o dalla violazione di un obbligo ne discenda, a cascata, l'adempimento e/o la violazione di vari altri.

Così, nel caso dell'attività d'impresa, si può riscontrare la contestuale assenza di registrazione dell'attività e di dichiarazione dei rapporti di lavoro di qualsiasi genere ad essa collegati; ma anche, la registrazione dell'attività senza dichiarazione di tutti o di parte di quei rapporti. Nel caso di attività d'impresa svolta con lavoro prevalentemente personale, alla mancata registrazione seguirà l'assenza di auto dichiarazione a fini previdenziali.

della legge 73/2002 e del D.L. 210/2002), in *RGL*, 2003, I, p. 29 ss.; TIRABOSCHI, *Incentivi alla occupazione, aiuti di Stato, diritto comunitario della concorrenza*, Giappichelli, 2002, p. 292 ss.

¹⁹ L'interpretazione di cui al testo, è confermata con chiarezza dalla Circ. Min. Lav. 12 novembre 2010 n. 38, p. 4. Sul punto v. BRUN, *op. cit.*, p. 33 e GAROFALO D., *op. cit.*, p. 76.

Nel caso del lavoro autonomo, la violazione può consistere nell'assenza di auto-dichiarazione, mentre, nel caso del lavoro autonomo coordinato, essa può consistere sia nell'assenza di dichiarazione da parte del committente sia nell'assenza di auto dichiarazione del lavoratore a fini previdenziali.

Nel caso del lavoro subordinato, la violazione in questione consiste, più semplicemente, nell'assenza di dichiarazione del lavoratore da parte del datore di lavoro. Tuttavia, proprio in questo ambito, un'ipotesi specifica di recente presa in considerazione dal legislatore comunitario è quella della mancata notifica ai servizi per l'impiego da parte del datore di lavoro dell'utilizzo di lavoratori extracomunitari, come richiesto dall'art. 4(1)(c) della direttiva 2009/52/CE (cosiddetta Direttiva Sanzioni), mancanza che potrebbe nascondere la presenza di "lavoro illegale", definito dall'art. 2(1)(d) della stessa direttiva come "l'impiego di un cittadino di uno stato terzo il cui soggiorno è irregolare"²⁰.

Un caso di assenza di dichiarazione per certi versi differente ma non meno rilevante sul piano quantitativo e qualitativo, è quello che riguarda i titolari di prestazioni di sicurezza sociale in senso lato (previdenziali o assistenziali, dunque)²¹. Per questi, la violazione consiste nella mancata auto-dichiarazione ai soggetti erogatori della prestazione (siano essi i servizi per l'impiego o gli enti previdenziali) di un'attività remunerata svolta nonostante la titolarità della prestazione stessa, titolarità la quale, di norma, risulta incompatibile con altre forme di reddito da lavoro o di impresa. Nel caso in cui il

²⁰ Sulla direttiva BARBIERI, *op. cit.*, p. 91 ss. e CALAFÀ, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, il Mulino, 2013, p. 161 ss., la quale, *ratione temporis*, ha potuto anche tener conto del d.lgs. 16 luglio 2012 n. 109 di recepimento. Sul rapporto tra lavoro sommerso e immigrazione v. anche VISCOMI, *Lavoro sommerso e immigrazione*, in LG, 2008, p. 19 ss.

²¹ V. PIETERS, *Bringing to the surface black and grey work. A study on social security strategies to fight undeclared work*, 2007, disponibile su <http://www.coe.int/t/dg3/sscssr%5CSource%5CRepSelecTopPieters.pdf>. Con riferimento all'ordinamento italiano, cenni in GAROFALO D., *Profili giurisprudenziali del lavoro nero*, in RGL, 2012, I, p. 335 ss.

soggetto in questione svolga un'attività di lavoro autonoma coordinata o subordinata, la violazione avviene, evidentemente, con la complicità del committente/datore di lavoro che accondiscende a violare il proprio obbligo di comunicazione alle autorità pubbliche preposte.

Per quanto riguarda l'assenza di dichiarazione, il caso dei titolari di prestazioni di sicurezza sociale risulta essere l'unico nel quale è dato parlare di una situazione di vantaggio sia per chi svolge l'attività non dichiarata sia per chi la utilizza. Se, infatti, il primo continua a ricevere la prestazione, cumulando a questa un reddito non dichiarato, il secondo può fissare una remunerazione al di sotto degli *standard* richiesti nel caso di attività dichiarata, senza che questo produca un effettivo pregiudizio al primo.

Negli altri casi di assenza di registrazione e/o dichiarazione, colui che presta l'attività lavorativa subirà sempre un pregiudizio, dato che, al di là dell'aspetto economico, risulterà comunque sprovvisto delle tutele lavoristiche e di sicurezza sociale. Per questo motivo il lavoro non dichiarato deve essere considerato una delle forme più subdole di lavoro di scarsa qualità²².

(b) La fattispecie della 'dichiarazione parziale' (spesso evocata con le espressioni, più o meno colorite, di 'lavoro grigio', 'sotto dichiarato' o 'fuori busta') ricorre nel caso di attività non dichiarate prestate nell'ambito di una relazione di lavoro (nella maggior parte dei casi subordinata) dichiarata, con conseguente sottrazione alla conoscenza dell'autorità pubblica di elementi quantitativi dell'attività, relativi, di norma, alla effettiva retribuzione e all'orario di lavoro.

Si tratta, in questo caso, di una situazione di vantaggio sia per chi svolge l'attività non dichiarata sia per chi la utilizza, in quanto, da un lato, gli obblighi di dichiarazione sono apparentemente adempiuti,

²² V.ALES, *Il lavoro precario quale fattore di esclusione sociale ovvero del lavoro di scarsa qualità*, disponibile su http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2011/10/Ales_lavoro-precario.pdf.

dall'altro, il lavoratore usufruisce di una tutela lavoristica e previdenziale soddisfacente, ricevendo, in aggiunta, una remunerazione netta fuori busta per l'attività ulteriore prestata, sulla quale, a sua volta, il datore di lavoro non pagherà la contribuzione previdenziale e gli oneri fiscali altrimenti dovuti.

Ovviamente, ricollegandosi a rapporti di lavoro subordinato dichiarati, la presenza della fattispecie della 'dichiarazione parziale' predica, laddove operino, un coinvolgimento in negativo delle organizzazioni sindacali, le quali, altrettanto ovviamente possono svolgere un ruolo cruciale nella sua eliminazione o nel suo ridimensionamento²³.

(c) La 'dichiarazione non conforme alla fattispecie concreta' si sostanzia, nella maggior parte dei casi, nella dichiarazione come di impresa o autonoma (anche coordinata)²⁴ di un'attività di lavoro svolta effettivamente in forma subordinata e, dunque, teoricamente, da dichiararsi come tale. Nel caso della 'dichiarazione non conforme alla fattispecie concreta', ovviamente, i vantaggi sono tutti per colui che utilizza la prestazione. La dichiarazione non conforme, è, infatti, determinata proprio dalla prospettiva del risparmio economico legato alla qualificazione negoziale difforme da quella attribuita dall'ordinamento alla fattispecie concreta.

La rilevanza che questa tipologia di violazione assume nell'attuale contesto regolativo, è testimoniata dagli sforzi da tempo profusi da molti legislatori europei nella lotta a quello che viene definito falso lavoro autonomo (nel lessico delle istituzioni comunitarie e della parti sociali europee *bogus self-employment*). Si tratta di

²³ In generale, sul ruolo degli attori collettivi nell'emersione del lavoro sommerso, v. BELLAVISTA, *Al di là del lavoro sommerso*, in *RGL*, 2008, I, p. 9 ss.; CARUSO, *Lavoro sommerso e ruolo del sindacato*, in *RGL*, suppl. al vol. 3, 1999, p. 79 ss.

²⁴ Ma anche, sempre più di frequente, di tirocinio formativo e di orientamento, sui quali v., per tutti, PASCUCCI, *L'evoluzione delle regole sui tirocini formativi e di orientamento: un'ipotesi di eterogenesi dei fini?*, in *DLRI*, 2013, p. 413 ss.; e ID., *Stage e lavoro. La disciplina dei tirocini formativi e di orientamento*, Giappichelli, 2008.

un'espressione generica che comprende tutte le tipologie contrattuali astrattamente idonee a consentire lo svolgimento, formalmente legittimo, di un'attività remunerata in effetti subordinata, senza imporre all'utilizzatore di dichiararla come tale e di assumersi, dunque, gli oneri giuridici e finanziari conseguenti.

Se raffrontata a quelle dei più importanti Stati membri dell'Unione Europea, la realtà italiana spicca per l'inventiva degli imprenditori socialmente irresponsabili nell'individuazione di tipologie contrattuali mediante le quali sottrarsi agli obblighi legali riconducibili all'utilizzo dell'attività lavorativa in forma subordinata. Si pensi al crescendo che ha portato il legislatore italiano a occuparsi prima delle collaborazioni coordinate e continuative, divenute a progetto, poi, dell'associazione in partecipazione²⁵ e, infine, dell'utilizzo delle partite IVA.

Stupisce, dunque, non poco, l'esclusione dell'erronea qualificazione del rapporto dall'applicazione della maxisanzione e, dunque, dalla nozione estensiva, che qui si propone, di lavoro non dichiarato. Al massimo, una simile esclusione avrebbe potuto essere prevista per quei rapporti la cui erronea qualificazione (e non già il difforme svolgimento della prestazione rispetto alla qualificazione) sia stata dimostrata dagli organi ispettivi anche in presenza di una certificazione, la quale, in qualche modo, lascerebbe supporre l'assenza di dolo da parte dell'utilizzatore.

5 CONCLUSIONI

Da quanto si è osservato nelle pagine che precedono è dato trarre tre conclusioni.

²⁵ Con tanto di incentivi alla stabilizzazione/emersione: v., da ultimo, art. 7-bis l. 9 agosto 2013 n. 99 per quanto riguarda le false associazioni in partecipazione, ma già articolo unico, commi 1201 ss., l. 27 dicembre 2006 n. 296, per le collaborazioni coordinate e continuative. Su queste ultime disposizioni v. MISCIONE, *La regolarizzazione del lavoro "nero" e la trasformazione delle collaborazioni autonome*, in *LG*, 2007, p. 437 ss.

La prima riguarda il fatto che solo una tipizzazione giuridica del lavoro non dichiarato fondata sul concetto di attività remunerata può essere considerata sufficientemente articolata e accurata da ricomprendere un fenomeno socio-economico così complesso. Peraltro, il suo utilizzo consente di avvalorare e rilanciare l'idea del *floor of rights* che dovrebbe essere riconosciuto nel caso di esercizio di qualsiasi attività remunerata, anche prestata sotto forma di lavoro autonomo prevalentemente personale, riducendo, così, se non altro, l'*appeal* del lavoro dichiarato in maniera non conforme alla fattispecie concreta. In questa prospettiva, un modello interessante è già proposto dalla legislazione, comunitaria e nazionale, in materia di igiene e sicurezza sui luoghi di lavoro la quale trova applicazione ad ogni attività posta in essere nell'ambito e al servizio dell'organizzazione altrui a prescindere dalla cornice giuridica all'interno della quale viene prestata²⁶.

La seconda si riferisce all'utilizzo dell'espressione 'lavoro non dichiarato'. Ad avviso di chi scrive, essa è quella che, dal punto di vista giuridico, meglio consente di dotare di significato il fenomeno comunemente evocato come lavoro 'nero' o 'sommerso'. Per il giurista, infatti, entrambi gli aggettivi, così come i loro contrari 'bianco' ed 'emerso', sono privi di significato tecnico, mentre 'dichiarato' evoca, in maniera inequivocabile, l'avvenuto adempimento degli obblighi giuridici che l'ordinamento di riferimento impone a chi utilizza e a chi fornisce una prestazione lavorativa remunerata.

La terza concerne le difficoltà insite nell'auto-qualificazione della fattispecie alla quale, loro malgrado, sono chiamate le parti nel momento in cui adempiono gli obblighi di dichiarazione imposti dall'ordinamento, attività nella quale esse potrebbero proficuamente avvalersi dell'ausilio delle Commissioni di certificazione, soprattutto universitarie, in considerazione dell'autorevolezza derivante dallo

²⁶ Sul tema v. ALES (ed.), *Health and Safety at Work. European and Comparative Perspective*, Kluwer International - Alphen aan den Rijn, 2013.

studium che, sole, nel variegato panorama dei soggetti abilitati, possono garantire.

Affirmative Action — Concepts and Controversies

*Shamima Gaibie**

INDUSTRIAL LAW JOURNAL (SOUTH AFRICA)

Volume 35 (2014), pp. 2655-2677

1 INTRODUCTION

Perhaps the most controversial and emotive issue in anti-discrimination law is whether affirmative action or reverse discrimination is appropriate or legitimate. Affirmative action in essence entails the use of race and gender¹ to benefit an identifiable disadvantaged group. If the use of such characteristics is offensive in determining remuneration and benefits, how can it be legitimate to permit their use in the allocation of jobs or, for that matter, for remedial or restitutive purposes?

In order to understand the concept of affirmative action it is necessary to understand the concept of equality. The supreme importance and centrality of the right to equality in our Constitution is thematic. Section 1 of the Constitution establishes that the 'achievement of equality' is one of its foundational values.² Within

* Senior Director at Cheadle Thompson & Haysom Inc.

¹ Or any other protected characteristic.

² s 1(a) of The Constitution of the Republic of South Africa Act 108 of 1966.

the Bill of Rights itself, the right to equality is listed as the first substantive right.³ Section 39(1)(a) of the Constitution obliges courts, tribunals or forums 'to promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom' in its interpretation of the Bill of Rights. The Constitutional Court (CC) has recognised the fundamental and permeating nature of this theme in the following terms:

'The South African Constitution is primarily and emphatically an egalitarian constitution ... in the light of our own particular history, and our vision for the future, a Constitution was written with equality at its centre. Equality is our Constitution's focus and organising principle. The importance of equality rights in the Constitution, and the role of the right to equality in our emerging democracy, must both be understood in order to analyse properly whether a violation of the right has occurred.'⁴

But equality as a principle is extremely complex, and its conversion into a fundamental right is even more so. The right to equality is deeply marked by conflict, controversy and contradiction. On the assumption that equality is the prime value in our society, its status as a fundamental right may, more often than not, conflict with other basic social values or indeed other fundamental rights. For instance, how do we determine whether or when equality takes priority over the right to freedom from state interference or for that matter freedom of speech?

Should an individual be able to assert her right to freedom of speech over a community's right to protection from racist comments? Should an individual's right to produce or distribute pornographic material trump the right of women to protection from sexist, degrading and stereotypical conduct? Perhaps more directly, should an Indian woman's right to a job succumb to the requirements of the national demographics and her replacement by an African female? These and other questions raised in this article point to difficulties in articulating formulations of equality that are coherent and

³ s 27 of the Constitution.

⁴ *President of the Republic of SA & another v Hugo* 1997 (4) SA 1 (CC) para 74.

comprehensible. Whilst it may be easy to prohibit certain forms of conduct in the name of equality, it may be a lot more difficult to formulate general principles aimed at achieving equality.

Academic and prolific writer in this area, Sandra Fredman, echoes the complex nature of the concept of equality as follows:

‘Equality as an ideal shines brightly in the galaxy of liberal aspirations. Nor is it just an ideal. Attempts to capture it in legal form are numerous and often grand: all human rights documents, both international and domestic, include an equality guarantee, and this is bolstered in many jurisdictions with statutory provisions. This suggests that we all have an intuitive grasp of the meaning of equality and what it entails. Yet the more closely we examine it, the more its meaning shifts. Is equality captured by the familiar aphorism that likes should be treated alike? This appears both morally irrefutable and straightforward. But the initial logic fades as soon as we begin to ask further questions. When can we say that one person is so “like” another that they should be treated alike? For centuries it was openly asserted that women were not “like” men and therefore deserved fewer rights, and this remains true in some countries in the world. The same apparent logic was used to deny rights to black people, slaves, and Jews: and more recently to people on account of their age, disability, or sexual orientation. It is still current in respect of non-citizens.’⁵

The CC has also recognised the profound difficulties associated with implementing measures aimed at achieving substantive equality. In *Bato Star Fishing (Pty) Ltd v Minister of Environmental Affairs & others* the CC said:

‘The commitment to achieving equality and remedying the consequences of past discrimination is immediately apparent in section 9(2) of the Constitution. That provision makes it clear that under our Constitution “(e)quality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms”. And more importantly for present purposes, it permits “legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination”. These measures may be taken “(t)o promote the achievement of equality”.

But transformation is a process. There are profound difficulties that will be confronted in giving effect to the constitutional commitment of achieving equality. We must not underestimate them. The measures that bring about transformation will inevitably affect some members of the society adversely,

⁵ Sandra Fredman *Discrimination Law* 2 ed (2001) 1.

particularly those coming from the previously advantaged communities. It may well be that other considerations may have to yield in favour of achieving the goal we fashioned for ourselves in the Constitution. What is required, though, is that the process of transformation must be carried out in accordance with the Constitution.⁶

2 THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO EQUALITY

Whether or not it is legitimate to use protected characteristics such as race or gender for the purposes of remedial action depends on whether one uses a formal or substantive conception of equality. Formal equality, it is said, is premised on the assumption that all persons are equal bearers of rights and any aberration of this can be rectified by ensuring the simple extension of the same rights and entitlement to all, irrespective of the historical or contextual nuances or indeed of the social or economic disparities between people.⁷ In this sense, formal equality simply aims to 'remove' the inequality.

The substantive approach to equality, on the other hand, does not presuppose a just social order or the equality of persons in a neutral sense. It requires a deliberate acknowledgement and assessment of historical differences and discrimination in order meaningfully to address inequality. In this sense, substantive equality seeks to 'redress' the inequality.⁸ Affirmative action is clearly a breach of the formal concept of equality. However, on a substantive approach to equality, deliberate preferences for the disadvantaged group are regarded as a means to achieve equality rather than as a breach or an aberration of the concept.

⁶ 2004 (4) SA 490 (CC) paras 75-76.

⁷ I Currie & J de Waal *The Bill of Rights Handbook* 5 ed (2005) 223.

⁸ J Kentridge, 'Equality' in Chaskalson et al (eds) *Constitutional Law of South Africa* (1999) para 14.

The CC has, it appears, adopted a purposive approach to constitutional interpretation by applying a substantive interpretation of the concept of equality. In *Hugo* the court stated as follows:

‘The prohibition on unfair discrimination in the interim Constitution seeks not only to avoid discrimination against people who are members of disadvantaged groups. It seeks more than that. At the heart of the prohibition of unfair discrimination lies a recognition that the purpose of our new constitutional and democratic order is the establishment of a society in which all human beings will be accorded equal dignity and respect regardless of their membership of particular groups ...’⁹

In support of this contextual and substantive approach to equality, the CC in *National Coalition for Gay & Lesbian Equality & another v Minister of Home Affairs & others*¹⁰ stated:

‘Discrimination does not take place in discrete areas of the law, hermetically sealed from one another, where each aspect of discrimination is to be examined and its impact evaluated in isolation. Discrimination must be understood in the context of the experience of those on whom it impacts.’¹¹

Reliance on a substantive rather than a formal concept of equality gives rise to a very different analysis of affirmative action. On a formal concept of equality, affirmative action’s deliberate use of protected characteristics for the purposes of allocating jobs or benefits is extremely problematic. As Justice Powell of the US Supreme Court stated in the famous case of *Bakke*: ‘The guarantee of equal protection cannot mean one thing when applied to one individual and something else when applied to an individual of another colour’.¹² On this view there must be a moral and constitutional equivalence in the prohibition of discrimination and in

⁹ n 4 above para 41.

¹⁰ 2000 (2) SA 1 (CC); see also *City Council of Pretoria v Walker* 1998 (2) SA 363 (CC).

¹¹ *National Coalition* n 10 above para 35.

¹² *Regents of the University of California v Bakke* 438 US 265 (1978) at 288-90.

the distribution of benefits. In contrast, the substantive concept of equality rejects an abstract and benign view of justice and insists that equality cannot be achieved only by prohibiting unfair discrimination. It requires instead that remedial action aimed at assisting those who have been disadvantaged be implemented. This view is premised on the reality that it is women rather than men who have suffered disadvantage on the basis of sex discrimination, and blacks rather than whites who have been disadvantaged by racism. Once this reality is accepted, then it is much easier to understand that a mere prohibition of discrimination leaves those who have been disadvantaged with a concept of equality that is not only formal but hollow in content. As Dworkin puts it: 'The difference between a general racial classification that causes further disadvantage to those who have suffered from prejudice, and a classification framed to help them is morally significant.'¹³

The rationale underlying affirmative action measures was succinctly articulated by the Canadian Supreme Court in *Action Travail des Femmes v Canadian National Railway Company*.

'An employment equity programme ... is designed to break a continuing cycle of systemic discrimination. The goal is not to compensate past victims or even to provide new opportunities for specific individuals who have been unfairly refused jobs or promotion in the past, although some such individuals may be beneficiaries of an employment equity scheme. Rather, an employment equity programme is an attempt to ensure that future applicants and workers from the affected group will not face the same insidious barriers that blocked their forbears.'¹⁴

But once the conceptual difficulties between the formal and substantive approaches to equality are surmounted, and it is accepted that affirmative action is aimed at remedying the effects of past discrimination and enhancing diversity, difficult questions about the relationship between the aim and the affirmative action measures arise. For instance, should there be a relationship between the aim and the measures? If so, how close should the fit

¹³ R Dworkin *A Matter of Principle* (Harvard University Press 1985) 314.

¹⁴ [1987] 1 SCR 1114 at 1143.

be? Is it enough that the measures should be reasonably capable of achieving the aim or must the measures demonstrate that the aim will be achieved with certainty? What criteria must be proved to demonstrate that the aim is achievable either reasonably or with certainty? How is the disadvantaged group or how are the beneficiaries of affirmative action identified? Should there be a difference in treatment between those who make up the disadvantaged group either on the basis of colour or on the basis that some of them have not in fact suffered disadvantage? If so, how should such a difference be applied and what criteria would justify such a difference in treatment? Should the application of affirmative action measures be balanced against the cost to those who have been deliberately excluded?

3 CONSTITUTIONAL MANDATE TO ENFORCE AFFIRMATIVE ACTION MEASURES

The right to equality is common in many constitutions around the world. What sets our Constitution apart from that of many of our counterparts is the explicit mandate to enforce restitutive or affirmative action measures. This mandate is found in s 9(2) of the Bill of Rights which provides:

‘To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken.’

Section 9(1) of the Constitution provides for the right to equality, which is applicable to everyone. In 2004 the CC had occasion to interpret this provision and to determine what concept of equality it would apply in giving meaning to it. The facts in *Minister of Finance & another v Van Heerden*¹⁵ concerned a measure which was

¹⁵ 2004 (6) SA 121 (CC).

implemented by parliament for the purposes of enhancing the pension contributions of the new post-apartheid members of parliament, as opposed to those who continued to be members of parliament as a consequence of their participation in the apartheid parliament. The class of individuals who were excluded from this measure were almost entirely white and the measure was aimed at boosting the value of the pension contributions of the new members who were essentially black. The white members had, in any event, accumulated pension contributions over many years and were significantly better off than their black counterparts. The aim of the measure was to redress this disparity or disadvantage. A white member of parliament brought a claim of race discrimination. The High Court adopted a formal view of equality, and rendered irrelevant the historical imbalance in the entitlement between the two races and the extremely advantageous position of the white members at the time that the measure was implemented. In the circumstances, it struck down the measure on the basis of unfair discrimination.

The CC reversed the decision. Moseneke J not only adopted a substantive concept of equality, he argued that such measures do not constitute an exception to the principle of equality but are an essential part of achieving equality:

‘[W]hat is clear is that our Constitution and in particular s 9 thereof, read as a whole, embraces for good reason a substantive conception of equality inclusive of measures to redress existing inequality ...’¹⁶

And:

‘Such measures are not in themselves a deviation from, or invasive of, the right to equality guaranteed by the Constitution. They are not “reverse discrimination” or “positive discrimination” as argued by the claimant in this case. They are integral to the reach of our equality protection. In other words, the provisions of s 9(1) and s 9(2) are complementary; both contribute to the constitutional goal of achieving equality to ensure “full and equal enjoyment of all rights”.’¹⁷

¹⁶ n 15 above para 31.

¹⁷ n 15 above para 30.

Section 15(2) of the Canadian Charter of Rights has a similar provision and refers to affirmative action measures as those which are aimed at ameliorating the conditions of disadvantaged individuals or groups. Section 15(2) states:

‘Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.’

In interpreting this section, the Supreme Court of Canada (SCC) in 2008 in *R v Kapp*¹⁸ adopted the same approach as the CC in *Van Heerden*. It stated the following:

‘Section 15(1) and 15(2) work together to promote the vision of substantive equality that underlies s. 15 as a whole. Section 15(1) is aimed at preventing discriminatory distinctions that impact adversely on members of groups identified by the grounds enumerated in s. 15 and analogous grounds. This is one way of combatting discrimination. However, governments may also wish to combat discrimination by developing programs aimed at helping disadvantaged groups improve their situation. Through s. 15(2), the Charter preserves the right of governments to implement such programs, without fear of challenge under s. 15(1). This is made apparent by the existence of s. 15(2). Thus s. 15(1) and s. 15(2) work together to confirm s. 15’s purpose of furthering substantive equality.’¹⁹

4 THE FIT BETWEEN THE AIM OF EQUALITY AND THE MEASURES TO ACHIEVE EQUALITY

Once the substantive concept of equality is recognised as the aim, difficult questions about the measures required to achieve this aim emanate. It is necessary therefore to repeat some of the questions that I asked earlier: should there be a relationship between the aim and the measures? If so, how close should the fit be? Is it enough

¹⁸ [2008] 2 SCR 483, 2008 SCC 41.

¹⁹ n 18 above para 16.

that the measures should be reasonably capable of achieving the aim or must it be demonstrated that the measures will achieve the aim with certainty? What criteria must be proved to demonstrate that the aim is achievable either reasonably or with certainty? And perhaps more pertinently, how much deference should employers be awarded to determine how to formulate and implement such measures?

The approach of the SCC is one of deference and a very weak form of scrutiny aimed primarily at determining the genuineness of the ameliorative purpose of the measure. As indicated earlier, s 15(2) of the Canadian Charter of Rights states that a programme does not breach the equality guarantee if it has 'as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups'. In *Kapp* the SCC held that the review of any such measures should focus on the ameliorative purpose rather than on the likelihood that such measures would achieve the goal of substantive equality. The court indicated that a bald declaration of the ameliorative purpose would not be sufficient and that a correlation between the programme and the purpose must be demonstrated. In other words, some form of rational connection between the measures and the aim must be established, irrespective of whether the aim is reasonably achievable.²⁰ This low level of scrutiny is aimed primarily at preventing programmes masquerading as ameliorative when they are not. The SCC explained the purpose of the scrutiny as follows:

'Analysing the means employed by the government can easily turn into assessing the *effect* of the program. As a result, to preserve an intent-based analysis, courts could be encouraged to frame the analysis as follows: Was it rational for the state to conclude that the means chosen to reach its ameliorative goal would contribute to that purpose? For the distinction to be rational, there must be a correlation between the program and the disadvantage suffered by the target group. Such a standard permits significant deference to the legislature but allows judicial review where a program nominally seeks to serve the disadvantaged but in practice serves other non-remedial objectives.'²¹ (Emphasis added.)

²⁰ n 18 above para 41.

²¹ n 18 above para 49.

This approach is clearly a policy choice, perhaps aimed at ensuring that such measures are encouraged without the risk of intrusive mechanisms of judicial review. Arguably it is perhaps the only choice in light of the enormous difficulty associated with determining whether a particular programme or measure will be effective or indeed achievable. The difficulty with this approach is that it gives the state and employers a free hand to characterise any programme as being ameliorative irrespective of the probabilities of it achieving its stated aim. The ability to determine whether a particular programme is genuine in its aim or not on the basis of this approach is simply impossible. What is significant about the Canadian experience is that s 15 constitutes that government's attempt to reconcile aboriginal entitlements with the interests of all Canadians. What is of course peculiar about the South African experience is that its task is far more complex than that of Canada, as it attempts to marry the interests of several disadvantaged groups, including minority groups, with those of the advantaged white population.

In *Van Heerden* the CC retained for itself a role that went beyond determining genuine intent or purpose. Moseneke J stated that the remedial measures must be 'reasonably capable of attaining the desired outcome'.²² This excludes measures which are arbitrary, capricious, or display naked preference, or are not reasonably likely to achieve the end of advancing or benefiting the interests of those who have been disadvantaged by unfair discrimination.²³ In other words, the CC requires the measures to meet the standard of reasonableness, and not of necessity. Moseneke J indicated that the Constitution did not

'postulate a standard of necessity between the legislative choice and the governmental objective. The text requires only that the means should be designed to protect or advance. It is sufficient if the measure carries a reasonable likelihood of meeting the end'.²⁴

²² n 15 above para 41.

²³ *ibid.*

²⁴ n 15 above para 42.

Whilst the CC's approach appears in theory at least to be a more stringent test than that of the SCC, it postulates a very weak form of review. The reality is that both the *Van Heerden* and the *Kapp* tests are not as strict as the test postulated by the European Court of Justice (ECJ) in *Briheche v Ministre de l'Interieur*.²⁵ Unlike the CC, the ECJ considers affirmative action not as an extension of the principle of equality, but as a derogation from it, and on that basis requires such measures to be construed strictly. The ECJ postulates a standard of necessity and articulated the reason for doing so in the following terms:

'[I]n determining the scope of any derogation from an individual right such as the equal treatment of men and women laid down by the Directive, due regard must be had to the principle of proportionality, which requires that derogations must remain within the limits of what is appropriate and necessary in order to achieve the aim in view and that the principle of equal treatment be reconciled as far as possible with the requirements of the aim thus pursued ...'²⁶

In contrast to the ECJ test, the *Van Heerden* test almost implicitly appears to have built in a sense of 'deference' to the measures that the state and/or any employer might determine to be appropriate in the circumstances, precisely because 'reasonableness' can really only be determined from the legal end of the employer's telescope.

5 HOW DOES THE CONSTITUTIONAL COURT DETERMINE WHETHER A MEASURE MEETS THE STANDARD OF REASONABLENESS

In *Van Heerden*, Moseneke J established a three-stage test for determining whether a measure falls within s 9(2). First, the measure

²⁵ [2005] 1 CMLR 4.

²⁶ n 25 above para 24.

must target persons or categories of persons who have been disadvantaged by unfair discrimination. The Constitution therefore leaves the potential beneficiaries of affirmative action deliberately vague and open ended. However, while race will be the permeating feature of affirmative action measures, the CC recognised that the purpose of s 9(2) is to redress disadvantages based not only on race but also on the basis of gender and class and ‘other levels and forms of social differentiation and systematic under-privilege, which still persist’.²⁷ In contrast, s 1 of the EEA is more decisive in this regard and identifies the following three distinct categories of beneficiaries: black people, women of all races and people with disabilities. The category of black people is intended to cover the same racial categories that are reminiscent of the apartheid era, such as ‘African’, ‘coloured’ and ‘Indian’.²⁸ Does this identification of beneficiaries mean that all members of those categories should benefit simply because they share the same protected characteristic, or is something more needed? Put another way, should middle class blacks benefit even though they are affluent and no longer experience either racial or socio-economic disadvantage?

Consider for example the circumstances of the *Van Heerden* case. In that case, it will be recalled, a unique measure was put in place to bolster the pensions of those members of parliament (MPs) who were elected in the first democratic election in this country, in order to bring them close to the level of those who had been collecting pension benefits because they had been MPs of the apartheid government by virtue of their race. The aim was to compensate those who had been excluded by the apartheid government because of their race. It was apparent, however, that although an overwhelming majority of the new MPs had been discriminated against and prejudiced by past disadvantage, this was not true of all of them. How did the CC deal with this mismatch between the victims of the past and the beneficiaries of the future? Moseneke J took the view that it is

²⁷ n 15 above para 27.

²⁸ See the definition of ‘black people’ in s 1 of the EEA.

'difficult, impractical or undesirable to devise a legislative scheme with "pure" differentiation demarcating precisely the affected classes. Within each class, favoured or otherwise, there may indeed be exceptional or hard cases or windfall beneficiaries. That however is not sufficient to undermine the legal efficacy of the scheme'.²⁹

In the circumstances, Moseneke J held that the measure should be assessed by 'whether an overwhelming majority of members of the favoured class are persons designated as disadvantaged by unfair exclusion'.³⁰ He accordingly regarded the validity of the affirmative action measures as being unaffected by the existence of a tiny minority of MPs who were no longer victims of past discrimination but who benefited from the measure. Mokgoro J's separate but concurring judgment was more unequivocal in this regard. According to her, actual disadvantage does not have to be demonstrated, as membership of the group identified by legislation is all that is needed to benefit from affirmative action measures. In that regard Mokgoro J stated:

'The State need not show that any discrimination caused by the measure is fair, or that each individual member of the disadvantaged group actually suffered past disadvantages as long as an individual was part of a group targeted'.³¹

Second, the measure must be designed to protect or advance such persons or categories of persons. As indicated earlier in this article, the measures 'must be reasonably capable of attaining the desired outcome'.³² It is clear that there is no need to establish the guarantee that the measures will yield the stated objectives, as long as there is 'a reasonable likelihood' that there is such a possibility. The meaning of what is 'reasonably possible' is open-ended and the courts will have to develop appropriate jurisprudence in this regard over time. According to Currie & De Waal, 'it is necessary to show both the purpose of the programme in question and the means selected are reasonably capable of meeting that purpose. This requires

²⁹ n 15 above para 39.

³⁰ n 15 above para 40.

³¹ n 15 above para 86.

³² n 15 above para 41.

affirmative action programmes to be carefully constructed to achieve equality'.³³

In an attempt to grapple with this requirement, our courts have developed the principle of rationality in respect of such measures. In large part, the jurisprudence that has developed in this regard is focused on conduct or measures that are not acceptable in the name of rationality. Very little, if any, jurisprudence has ventured in the uncertain and woolly terrain of determining the parameters of restitutive measures that are acceptable or those that can be said to be 'reasonably capable of attaining the desired outcome'.³⁴ The following principles have been developed from the jurisprudence thus far:

- Affirmative action measures must be applied in a manner that is both rational and fair.³⁵ The need to ensure that such measures are not applied unfairly or arbitrarily was first articulated by Mlambo J in *Independent Municipal & Allied Workers Union v Greater Louis Trichardt Transitional Local Council*. He said that there must be a policy or programme through which affirmative action measures are to be effected for the purposes of ensuring accountability and transparency.³⁶
- The requirement of rationality was endorsed by the High Court in *Stoman v Minister of Safety & Security & others*³⁷ by indicating that there has to be a rational connection between the

³³ n 7 above 265.

³⁴ *Van Heerden* n 15 above para 41.

³⁵ *Solidarity obo Barnard v SA Police Service* (2010) 31 ILJ 742 (LC).

³⁶ (2000) 21 ILJ 1119 (LC) para 19. See also *Van Heerden* (n 15 above) which established similar rules in dealing with affirmative action measures in the context of the rules of the Political Office-Bearers Pension Fund for members who became parliamentarians after the new constitutional order in terms of which different categories of members with different employer contributions were created. The test established by the CC in this matter is similar to Mlambo J's test but more comprehensive.

³⁷ 2002 (3) SA 468 (TPD); (2002) 23 ILJ 1020 (T).

affirmative action measures and the aim that they are designed to achieve.³⁸

Accordingly, a policy or practice that is 'haphazard, random and overhasty, could hardly be described as measures designed to achieve something'.³⁹

- In line with the principle of rationality our courts have held that:
 - the refusal to promote an employee in circumstances where an employment equity plan was not yet in existence constituted unfair discrimination;⁴⁰
 - shortlisting formulae aimed at excluding members of a particular race were essentially discriminatory and irrational;⁴¹
 - the refusal to promote an applicant on the basis of an imperative to promote representativeness and in the absence of a specific affirmative action plan constituted unfair discrimination;⁴²
 - the refusal to promote an applicant on the basis of the application of an affirmative action measure in circumstances where the employer's affirmative action targets had been reached and the applicant was the best candidate for the post was arbitrary and unfair;⁴³
 - the refusal to promote an applicant in consequence of an erroneous application of an employment equity plan was arbitrary and unfairly discriminatory;⁴⁴ and

³⁸ n 37 above 1031.

³⁹ *ibid.*

⁴⁰ *Public Service Association of SA obo Helberg v Minister of Safety & Security & another* (2004) 25 ILJ 2373 (LC)

⁴¹ *Du Preez v Minister of Justice & Constitutional Development & others* (2006) 27 ILJ 1811 (SE).

⁴² *Coetzer & others v Minister of Safety & Security & another* (2003) 24 ILJ 163 (LC).

⁴³ *Willemse v Patelia NO & others* (2007) 28 ILJ 428 (LC).

⁴⁴ *Baxter v National Commissioner: Correctional Services & another* (2006) 27 ILJ 1833 (LC).

- employment policies or programmes which afforded absolute preference to members of designated groups who met the minimum job requirements were not compatible with the variety of factors that needed to be taken into account for an employment decision to meet the constitutional requirements of fairness and proportionality.⁴⁵
- In appropriate circumstances, the imperatives of ‘efficiency’ and ‘service delivery’ in the public service are factors that must be taken into account in the implementation of an employment equity programme.⁴⁶ It is at the level of this principle that the tension in balancing representativeness in the public service with requirements of efficiency and service delivery are most transparent. Swart J in the *Public Servants Association*⁴⁷ case was of the view that ‘efficiency’ and ‘representivity’ were principles that were diametrically opposed to each other and that

‘representivity cannot be pursued as an objective in vacuo at the cost of other constitutional requirements ... To my mind a broadly representative public administration can, in terms of s 212, not be promoted at the expense of an efficient administration ... If, for instance, in the case of preferring blacks to whites where all have broadly the same qualifications and merits, on a properly controlled and rational basis, representativity will be promoted but not at the cost of efficiency...’⁴⁸

The fallacy in Swart J’s argument regarding the exclusivity of the processes aimed at achieving efficiency on the one hand, and representativeness on the other hand was recognised by Van der Westhuizen J in the *Stoman* case where he said:

‘Some tension may in certain situations exist between ideals such as efficiency and representivity, and a balance then has to be struck. Efficiency and representivity, or equality, should, however, not be

⁴⁵ *Du Preez* n 41 above para 40.

⁴⁶ *Public Servants Association of SA & others v Minister of Justice & others* 1997 (3) SA 925 (T); *Stoman* n 37 above; *Coetzer* n 42 above.

⁴⁷ n 46 above.

⁴⁸ *ibid* 990.

viewed as separate competing or even opposing aims. They are linked and often interdependent. To allow equality or affirmative action measures to play a role only where candidates otherwise have the same qualifications or merits, where there is virtually nothing to choose between them, will not advance the ideal of equality in a situation where a society emerges from a history of unfair discrimination. The advancement of equality is integrally part of the consideration of merits in such decision-making processes. The requirement of rationality remains, however, and the appointment of people who are wholly unqualified, or less than suitably qualified, or incapable, in responsible positions cannot be justified.⁴⁹

- In determining whether in general affirmative action could found a cause of action, the overwhelming majority of cases⁵⁰ have held that affirmative action is merely a shield in the hands of the employer who implements such measures, and not a 'sword'⁵¹ in the hands of an applicant from a designated group who has not been appointed or promoted to a post.

Third, the measures must promote the achievement of equality. In determining whether a measure promotes the achievement of equality, the CC requires us to assess whether the measure will 'in the long term promote equality'⁵² and it requires a consideration of whether the measure constitutes an abuse of power, or imposes 'such substantial and undue harm on those excluded from its benefits that the long term constitutional goal will be threatened'.⁵³

⁴⁹ n 37 above 1034.

⁵⁰ *Dudley v City of Cape Town* (2004) 25 ILJ 305 (LC); *Cupido v Glaxosmithkline SA (Pty) Ltd* (2005) 26 ILJ 868 (LC); *Public Servants Association obo Karriem v SA Police Service & another* (2007) 28 ILJ 158 (LC); *Thekiso v IBM SA (Pty) Ltd* (2007) 28 ILJ 177 (LC); *Dudley v City of Cape Town & another* (2008) 29 ILJ 2685 (LAC).

⁵¹ A term coined by the Labour Court in *Harmse v City of Cape Town* (2003) 24 ILJ 1130 (LC). See also Carole Cooper 'The Boundaries of Employment Equity' (2003) 24 ILJ 1307, where she discusses the issues raised by the judgment in *Harmse*.

⁵² *Van Heerden* n 15 above para 44.

⁵³ *ibid.*

The second and third stages of the Moseneke test are at best, broad principles upon which employment equity plans should be premised. Employment equity plans are indeed plans, fluid in nature and subject to the enquiries raised by Moseneke in the second and third stages of his test. Whether a particular appointment constitutes an ‘abuse of power’ or imposes ‘substantial and undue harm’ on those excluded from the benefits of such appointment can only be assessed in the circumstances of a particular case. It simply cannot be done prospectively on the basis of the employer’s intentions which may be articulated in an employment equity plan.

Mokgoro J, in a separate but concurring judgment, was however at pains to distance herself from the third stage of the Moseneke test, particularly the assessment of the impact of any restitutive measures on those excluded from its benefits. She contended that unlike the import of s 9(3)⁵⁴ and s 9(5),⁵⁵ which are concerned primarily with the impact of the measure on the individual complainant, the focus of the s 9(2) enquiry as regards the impact of an affirmative action measure is on the group or class of persons sought to be advanced. Mokgoro J emphasised the importance of the distinction between the s 9(2) and s 9(3) enquiries in the following terms:

‘This distinction is in my view important. It would frustrate the goal of section 9(2) if measures enacted in terms of it paid undue attention to those disadvantaged by the measure when that disadvantage is merely an invariable result and not the aim of the measure. The goal of transformation would be impeded if individual complainants who are aggrieved by restitutionary measures could argue that the measures unfairly discriminated against them because of their undue impact on them ... It is for this reason that the equality jurisprudence developed by this Court in the context of s 9(3) is unsuited to analysis under s 9(2). The test as established by cases such as *Harkson v Lane NO and Others* and *President of the*

⁵⁴ s 9(3) provides: The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth.

⁵⁵ s 9(5) provides: Discrimination on one or more of the grounds listed in subs (3) is unfair unless it is established that the discrimination is fair.

Republic of South African and Another v Hugo would focus unduly on the position of the complainant to be appropriate to the section 9(2) analysis.⁵⁶

This difference in approach between Moseneke J and Mokgoro J leads us to an important question: on the assumption that an employer's employment equity plan complied with the threefold test set out by Moseneke J, would all measures that fall within the proposed targets qualify for protection from any unfair discrimination claims? Or to put it another way, what is the conceptual relationship between s 9(2) and 9(3)? Is s 9(2) a complete defence to a claim of unfair discrimination, or are affirmative action measures presumptively unfair requiring the employer to prove its fairness?

Moseneke J said the following in relation to this issue:

'It is therefore incumbent on Courts to scrutinise in each equality claim the situation of the complainants in society; their history and vulnerability; the history, nature and purpose of the discriminatory practice and whether it ameliorates or adds to group disadvantage in the real life context, in order to determine its fairness or otherwise in light of the values of our Constitution. In the assessment of fairness or otherwise a flexible but "situation sensitive" approach is indispensable because of shifting patterns of hurtful discrimination and stereotypical response in our evolving democratic society ...'⁵⁷

Moseneke J went on to explain:

'If a measure properly falls within the ambit of s 9(2) it does not constitute unfair discrimination. However, if the measure does not fall within s 9(2), and it constitutes discrimination on a prohibited ground, it will be necessary to resort to the Harksen test in order to ascertain whether the measures offend the anti-discrimination prohibition in section 9(3).'⁵⁸

And:

'When a measure is challenged as violating the equality provision, its defender may meet the claim by showing that the measure is contemplated

⁵⁶ *Van Heerden* n 15 above para 80.

⁵⁷ n 15 above para 27.

⁵⁸ n 15 above para 36.

by s 9(2) in that it promotes the achievement of equality and is designed to protect and advance persons disadvantaged by unfair discrimination.⁵⁹

Woolman et al⁶⁰ support the approach adopted by Moseneke J.

A similar approach was also adopted by the SCC in Kapp, which stated:

‘Once the s. 15 claimant has shown a distinction made on an enumerated or analogous ground, it is open to the government to show that the impugned law, program, or activity is ameliorative and, thus, constitutional. This approach has the advantage of avoiding the symbolic problem of finding a program discriminatory before “saving” it as ameliorative, while also giving independent force to a provision that has been written as distinct from s. 15(1). Should the government fail to demonstrate that its program falls under s. 15(2), the program must then receive full scrutiny under s.15(1) to determine whether its impact is discriminatory.’⁶¹

The SCC, however, also flagged the issue of competing rights emanating from the Canadian Charter of Rights, and indicated that a strict approach as to whether a measure fell within the confines of s15(2) might be ill suited to such matters and recommended a ‘situation sensitive’ approach to such issues in the following terms:

‘These issues raise complex questions of the utmost importance to the peaceful reconciliation of aboriginal entitlements with the interests of all Canadians. In our view, prudence suggests that these issues are best left for resolution on a case-by-case basis as they arise before the Court.’⁶²

Against these principles and implicit in the threefold test is the employer’s responsibility to demonstrate that the measure or the decision falls within s 9(2). The threefold test is a dynamic assessment of the circumstances of each case, and in the scheme of things, it is incumbent on the employer to explain its reasons, to justify its actions and to ensure that each decision and each

⁵⁹ n 15 above para 37.

⁶⁰ Woolman et al *Constitutional Law of South Africa* vol 3 2 ed (Revised 2013) 35:32.

⁶¹ n 18 above para 40.

⁶² n 18 above para 65.

measure warrants the protection afforded to it by s 9(2). In the circumstances, whether or not an employer exercises a decision in line with its employment equity plan can always be challenged on the basis of an unfair discrimination claim. The line between invidious or unacceptable discrimination and appropriate restitutive measures may not always be clear, and where challenges are made, it will be incumbent on an employer to justify precisely which side of the line a particular measure falls.

6 THE EMPLOYMENT EQUITY ACT

In this regard, s 5 of the Employment Equity Act 55 of 1998 (EEA) obliges employers to take steps to promote equal employment opportunities in the workplace by eliminating unfair discrimination in any employment policy or practice. Section 6(1), in resounding fashion, prohibits unfair discrimination in the following terms:

‘No person may unfairly discriminate, directly or indirectly, against an employee, in any employment policy or practice, on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, family responsibility, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, HIV status, conscience, belief, political opinion, culture, language and birth.’

However, s 6(2) recognises that:

‘It is not unfair discrimination to —

- (a) take affirmative action measures consistent with the purpose of this Act; or
- (b) distinguish, exclude or prefer any person on the basis of an inherent requirement of a job.’

Affirmative action measures are defined in s 15 of the EEA as ‘measures designed to ensure that suitably qualified people from designated groups have equal employment opportunities and are equitably represented in all occupational categories and levels in the

workforce of a designated employer'.⁶³ And it is in this context that any claim on the basis of an allegation of unfair discrimination must be determined on the basis of s 11 of the EEA which places the obligation on the employer against whom the allegation is made to establish its fairness.⁶⁴ According to the Supreme Court of Appeal (SCA), in *Solidarity obo Barnard v SA Police Service (Vereniging van Regslui vir Afrikaans as amicus curiae)*:⁶⁵

⁶³ The Employment Equity Amendment Act 47 of 2013 amended s 15 by deleting the words 'categories and' before the term 'levels', to streamline the process of assessment and reporting.

⁶⁴ Challenges in affirmative action matters will almost inevitably be a challenge to an appointment on the basis of race. That being so, the amendments made to s 11 of the EEA (in terms of the Employment Equity Amendment Act 47 of 2013) do not impact on the jurisprudence that has emanated from our courts so far. For completeness it is necessary to record that the amendment Act revises the burden of proof in unfair discrimination disputes by distinguishing between discrimination on listed grounds and discrimination on an 'arbitrary ground'. If unfair discrimination is alleged on a ground listed in s 6(1), such as race for instance, the employer against whom the allegation is made must prove, on a balance of probabilities, that such discrimination (a) did not take place; or (b) is rational and is not unfair, or is otherwise justifiable. If unfair discrimination is alleged on an arbitrary ground, the onus shifts to the complainant who must prove, on a balance of probabilities, that the conduct complained of (a) is not rational; and (b) amounts to discrimination and that the discrimination is unfair.

⁶⁵ (2014) 35 *ILJ* 416 (SCA). Barnard was overlooked on two separate occasions for promotion to a new post of superintendent in the South African Police Service (SAPS) unit where she worked, although she had been the best candidate both times. She lodged a claim for unfair discrimination in the LC. The court found, *inter alia*, that in the absence of being able to find a suitable candidate in an underrepresented category, promotion to the post should not in the absence of a clear and satisfactory explanation be denied to a suitable candidate from another group. It found thus that she had been unfairly discriminated against. The SAPS appealed to the LAC. The LAC, in a unanimous judgment, rejected the LC's giving primacy to the individual's right over the right to implement affirmative action measures, and emphasised that substantive equality required that affirmative action be treated as integral to the achievement of equality rather than a derogation from it. In contrast to the LC's view that Barnard's appointment at level nine would have provided the opportunity for enhancing representativeness at level eight, the LAC was of the view that her appointment would have aggravated the over-representativeness of white employees in level 9

'The starting point for enquiries of the kind under consideration is to determine whether the conduct complained of constitutes discrimination and, if so, to proceed to determine whether it is unfair. When a measure is challenged as violating the Constitution's equality clause, its defender could meet the claim by showing that it was adopted to promote the achievement of equality as contemplated by s 9(2), and was designed to protect and advance persons disadvantaged by prior unfair discrimination.'⁶⁶

Similarly, as stated above, s 11 of the EEA provides that whenever unfair discrimination is alleged, the employer against whom the allegations is made must establish that it is fair.

In essence, therefore, an employer cannot simply escape an unfair discrimination claim on the basis that the appointment falls within the targets identified in an employment equity plan, precisely because the enquiry into the fairness of the decision is much larger than a static employment equity plan, and it would arguably have the effect of converting numerical targets into quotas. In sublime form the SCA articulated this thought in the following terms:

'Simply put, the EEA was designed to assist in the national struggle to achieve an egalitarian society by putting in place measures to overcome historical obstacles and disadvantages and providing equal opportunities for all. The most virulent opponents of such measures will be hard put to argue against its noble purpose. Likewise, the most ardent supporters of such measures, I venture, would find it difficult to argue with any conviction that the end result envisaged at the beginning of this paragraph can be obtained by the mechanical application of formulae and numerical targets. Such an exercise would in any event fall foul of s 15(3) of the EEA, which prohibits quotas. The balance to be achieved in our path to a noble end is what this case is all about.'⁶⁷

In relation to the SAPS' employment equity plan, the SCA held as follows:

and would have represented a step backwards in direct violation of a clear constitutional objective. Aggrieved by the outcome in the LAC proceedings, Barnard appealed to the SCA. The SCA reached the same conclusion as the LC for different reasons. The judgment of the SCA went on appeal to the CC. At the time of writing the judgment had not been handed down

⁶⁶ n 65 above para 50.

⁶⁷ n 65 above para 23.

‘Against the statutory background and the policy documents as well as the EEP [employment equity plan] it was never contended, nor could it be, that numerical targets and representativeness are absolute criteria for appointment. Adopting that attitude would turn numerical targets into quotas which are prohibited in terms of the EEA. The LAC ... erred in holding out the EEP as an absolute barrier to Barnard’s appointment. The EEP’s foreword makes it clear that whilst the focus is on employment equity, no employment policy or practice will be established as an absolute barrier to the appointment of suitably qualified persons from non-designated groups.’⁶⁸

According to Woolman et al, the Van Heerden judgment demonstrates that the application of the s 9(2) criteria to a particular case involves a fairly detailed scrutiny of the issues and that:

‘This assessment requires looking at the scheme or measure as a whole, its historical context, the duration, nature and purpose of the measure, the position of the person complaining of unfair discrimination and the impact of the measure on him or her and his/her class, as well as the position of the group being promoted. In other words, the issues considered in the enquiry are similar to those considered in the enquiry into unfair discrimination. Like that latter enquiry, s 9(2) demands a contextual enquiry into impact, but with an emphasis on the group being promoted.’⁶⁹

As Sachs J points out, the enquiry is closely linked to s 9(3) and its idea of fairness. If fairness is a moral concept that allows an examination of the competing moral claims within the social and historical context of inequality in our society, then the s 9(2) enquiry also entails the balancing of the prejudice caused to individuals by positive measures and the collective benefit of these measures to society in overcoming past discrimination and disadvantage.⁷⁰

⁶⁸ n 65 above para 68.

⁶⁹ n 60 above 35:39.

⁷⁰ n 60 above 35:39 to 35:40.

7 THE BENEFICIARIES OF AFFIRMATIVE ACTION

As indicated earlier, s 9(2) of the Constitution provides that the beneficiaries of affirmative action measures may be 'persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination'. In contrast, s 15 of the EEA is more precise and narrows down this provision by describing affirmative action measures as measures to ensure equal employment opportunities and 'equitable representation' of 'suitably qualified people from designated groups'.

This means, in essence, that a beneficiary of affirmative action measures must be from 'a designated group', a suitably qualified person, and a citizen of South Africa (SA).⁷¹ The designated group is defined to mean 'black people, woman and people with disabilities'.⁷² The term 'black people' is defined to include Africans, coloureds and Indians,⁷³ and in terms of the High Court decision in *Chinese Association of SA v Minister of Labour & others*,⁷⁴ the term also includes people of Chinese descent. A 'suitably qualified person' is defined in s 20 of the EEA as a person who may be qualified for the job as a result of his or her formal qualifications, prior learning, relevant experience or, perhaps, most importantly, the capacity to acquire, within a reasonable time, the ability to do the job.

The EEA accordingly identifies three distinct and clear categories of disadvantage that warrant redress. These include race, gender and disability. Perhaps one of the most controversial issues that has arisen in recent times is whether, and if so, on what basis, a

⁷¹ Amendment to the Employment Equity Regulations published under GN R841 GG 29130 of 18 August 2006.

⁷² s 1 of the EEA.

⁷³ *ibid.*

⁷⁴ 18 June 2008 case no 59251/2007 unreported.

legitimate differentiation should be made between persons within a particular disadvantaged group. What is significant about the use of the language in the EEA is that there is no proper design or map for such differentiation. At best, the EEA commands that cognisance should be taken of the extent to which suitably qualified people ‘from and amongst the different designated groups’ are equitably represented,⁷⁵ and that advantages may be accorded to those who fall within the designated groups.

What is apparent is that the EEA deliberately and unequivocally perpetuates race consciousness, both in the formal and substantive understanding of the principle of equality. Given that the root causes of inequality were based essentially on race, it is no wonder that the Constitution talks about the disadvantaged groups in general terms rather than by specific reference to the concept of race. To the extent that the EEA relies on such differentiation, it is clear in the statute itself that there is a reference to a group of disadvantaged persons entitled ‘black people’ even though there is a definition which breaks them up into three further subgroups. Once it is determined that a particular beneficiary falls within a designated group, it is then not necessary to demonstrate that he or she suffered actual disadvantage in order to benefit from affirmative action measures. In Van Heerden, Mokgoro J provided the reasoning for this approach:

‘The approach of apartheid was to categorise people and attach consequences to those categories. No relevance was attached to the circumstances of individuals. Advantages or disadvantages were meted out according to one’s membership of a groupThe importance of this is that it is unnecessary for the State to show that each individual member of a group that was targeted by unfair discrimination was in fact individually discriminated against when enacting a measure under s 9(2).’⁷⁶

The real question is how does one differentiate between the different categories of persons who fall within ‘black people’. In Van Heerden,

⁷⁵ s 42(a).

⁷⁶ n 15 above para 85.

the CC raised it and flagged it as ‘a more difficult problem’ for future consideration.⁷⁷

The issue of the differentiation between categories of disadvantaged groups was first raised in *Motala & another v University of Natal*,⁷⁸ in circumstances where a female of Indian descent was refused admission to the medical school of the University of Natal. The university informed Motala that only 40 Indian students would be admitted annually, and that the requisite number had already been admitted. It indicated that it had adopted a policy to admit more African students to the faculty in order to redress the educational disadvantages that they had suffered under apartheid. In order to facilitate this objective, the university acknowledged that it would be necessary to lower the standards for the purposes of admission of African students and that it was quite possible that an African student would be admitted with results that were substantially lower than those obtained by Motala. In an unfair discrimination claim, the High Court determined the matter by establishing the principle of degrees of disadvantage suffered by those who comprise the various categories of designated groups. The court contended:

‘The contention by counsel for the applicants appears to be based on the premise that there were no degrees of “disadvantage”. While there is no doubt whatsoever that the Indian group was decidedly disadvantaged by the Apartheid system, the evidence before me establishes clearly that the degree of disadvantage to which African pupils were subjected under the Apartheid system of education was significantly greater than that suffered by their Indian counterparts. I do not consider that a selection system which compensates for this discrepancy runs counter to the provisions of the equality provision of the Interim Constitution.’⁷⁹

⁷⁷ n 15 above para 149.

⁷⁸ 1995 (3) BCLR 374(D). See also the following cases that adopted the *Motala* approach: *McInnes v Technikon Natal* (2000) 21 ILJ 1138 (LC) at 1148; *Fourie v Provincial Commissioner of the SA Police (North West Province)* (2004) 25 ILJ 1716 (LC) at 1735; and *Henn v SA Technical (Pty) Ltd* (2006) 27 ILJ 2617 (LC) at 2623.

⁷⁹ *Motala* n 78 above 374 at 383 paras C-E.

Latching onto this principle of ‘degrees of disadvantage’, the Labour Court (LC) in a trilogy of cases followed suit: *McInnes v Technikon Natal*;⁸⁰ *Fourie v Provincial Commissioner of the SA Police (North West Province)*⁸¹ and *Henn v SA Technical*.⁸²

Whilst the CC had not, prior to the Barnard matter, dealt with this matter squarely, the ringing principle of ‘degrees of disadvantage’ almost seemed palatable to Sachs J in Van Heerden. In that matter he indicated that a distinction between persons in a particular disadvantaged group would, according to him, require not only legal, but also historical and social evidence.⁸³ Precisely what implication this comment by Sachs J has for the purposes of the EEA is unclear. But it is almost arguable that should a measure be specifically aimed for example at black women rather than all women, or at Africans rather than all of those who comprise ‘black people’, such a measure may be lawful provided that appropriate historical and social evidence is relied upon. The difference between the *Motala* case and that of Barnard involves a significant fundamental legislative policy choice. It may be that outside of labour related matters, the principle of degrees of disadvantage might seem appropriate. However, in labour matters, the EEA expressly adopts the criterion of ‘equitable representation’ as the principal basis upon which affirmative action measures should be implemented.⁸⁴ The proper way, according to Dupper, of dealing with the question of the principle of degrees of disadvantage or ‘relevant disadvantage’ is to

‘look at the goal of affirmative action under the EEA, which is the equitable representation of designated groups in all occupational categories and levels in the workforce. Because the notion of “equitable representation” of persons from designated groups is integral to the concept of affirmative action under the EEA, the degree to which persons of particular racial or gender groups are underrepresented in a particular occupational category

⁸⁰ *McInnes* n 78 above para 43.

⁸¹ *Fourie* n 78 above 1735.

⁸² *Henn* n 78 above 2623.

⁸³ n 15 above para 149.

⁸⁴ Ockert Dupper ‘Affirmative Action: A Commentary’ in C Thompson & P Benjamin *South African Labour Law* vol 2 (2013) CC1-B-1 at CC1-B-14.

or level within a workplace should determine the appropriateness of affirmative action. For example, if the facts show that African women are most severely underrepresented in a job category of an employer operating in the Western Cape, the employer will be justified in giving preference to female African applicants who are suitably qualified. Similarly, if Coloured men are underrepresented in certain job categories of an employer in the Limpopo Province, suitably qualified candidates from this group may receive preferential treatment over African men, who may already be sufficiently represented in that job category. This approach, based on representivity rather than one based on “degrees of disadvantage” is directly aligned with the purpose of the EEA and more sensitive to regional and industry context’.⁸⁵

Where and how does the EEA deal with the method of applying such levels of representativeness? The starting point for this analysis is s 195(1)(i) of the Constitution which provides:

‘Public administration must be broadly representative of the South African people, with employment and personnel management practices based on ability, objectivity, fairness and the need to redress the imbalances of the past to achieve broad representation.’

The notion that public administration must be ‘broadly representative’ of the South African population is carried through in the preamble to the EEA which requires the achievement of a ‘diverse workforce broadly representative of our people’. This requirement is developed in s 15 of the EEA which equates the concept of ‘broadly representative’ with ‘equitable representation’. Neither of these terms is defined in the EEA and we must therefore turn to s 15(1) which defines affirmative action measures as

‘measures designed to ensure that suitably qualified people from designated groups have equal employment opportunities and are equitably represented in all occupational categories and levels in the workforce of a designated employer’.

This generalised and non-specific approach about how ‘equitable representation’ should be achieved is thematic in the EEA, and is, in my view, in line with the situation sensitive approach adopted by

⁸⁵ n 84 above CC1-B14.

both the CC⁸⁶ and the SCA.⁸⁷ In light of this approach, one is compelled to look at other provisions of the EEA in an effort to seek to give meaning to these terms. As indicated previously, both the EEA and the Code of Good Practice: Preparation, Implementation and Monitoring of Employment Equity Plans (code) do not provide a definition of 'equitable representation' although they do provide the following indicators of what the term might mean:

- In assessing compliance of a designated employer with its employment equity obligations in terms of the EEA, the director-general⁸⁸ is required in terms of s 42(a)(i) of the EEA, to take a range of factors into account including the 'demographic profile of the national and regional economically active population' (the demographics or demographic data).
- Section 19(2) of the EEA requires a designated employer, before developing an EEP, to determine the degree of underrepresentation of people from designated groups in various levels at the workplace.
- The determination required in terms of s 19(2) is done with reference to demographic data (item 7.3.2(b) of the code).
- The demographic data may be regional, provincial or national depending on the level of responsibility and the degree of specialisation of the job (this might mean that the more specialised the job, the bigger the recruitment area) (item 7.3.2(c) of the code).
- The ultimate goal is to make the workforce reflective of the demographics (item 8.4.1 of the code).

In order to make the workforce reflective of the demographics, employers must necessarily rely on the statistics obtained from the

⁸⁶ *Van Heerden* n 15 above.

⁸⁷ *Barnard* n 65 above.

⁸⁸ Department of Labour.

most recent census report, which will in general allocate posts in order of the following preference: Africans, whites, coloureds, Indians and the disabled (and to cater for the female component within each group). If national population demographics are used, whites will be allocated more posts than the other designated groups (the minority groups, consisting of coloureds and Indians). Given that the purpose of affirmative action measures is intended to redress the imbalances of the past, a strict application of the national demographics simply does not achieve this purpose. It converts numerical goals or targets into quotas, it establishes barriers to a flexible and situation sensitive approach, it allocates more posts to whites than it does to the minority groups within the designated class, it is intrinsically racist and divisive of the persons who make up the designated group, and fundamentally it inevitably deprives the minority groups of representation in the higher paying or more senior positions. It is the latter issue that was raised by the facts, rather than the outcome, of two recent cases: *Naidoo v Minister of Safety & Security & others*⁸⁹ and *Munsamy v Minister of Safety & Security & another*.⁹⁰

In *Naidoo*, a female of Indian descent applied for one of 19 posts established in different parts of the country. The post was entitled 'cluster commander' and it was a senior post established at level 14. Relying on the demographic data provided by the 2001 census report, the South African Police Service (SAPS) formulated its EEP for the period 2007 to 2010 and established that its workforce had to be representative of the South African population in the following ratios: 79% African; 9.6% white; 8.9% coloured and 2.5% Indian. Gender targets were set within each racial group in the ratio of 70% male to 30% female. Whilst the SAPS developed its racial targets by relying on the 2001 census report, it was unable properly to establish an objective basis for the purposes of developing its gender targets. In any event, even if we relied only on the racial targets, the 19 posts had to be allocated according to the following

⁸⁹ (2013) 34 *ILJ* 2279 (LC).

⁹⁰ (2013) 34 *ILJ* 2900 (LC).

mathematical calculations — Africans: $19 \times 79\% = 15$ of the 19 posts; whites: $19 \times 9.6\% = 1.8$ posts; coloureds: $19 \times 8.9\% = 1.6$ posts and Indians: $19 \times 2.5\% = 0.475$ posts.

The net effect of these targets is that, in the lower grades or levels where there may be many more jobs in the public service, the 2.5% ratio allows for some Indian representation, whereas in the middle or top level jobs, where the jobs are few, both Indians and coloureds will not be represented. Ironically, the top paying jobs will be representative only of the African and white groups, and those constituting the coloured or Indian groups will not benefit despite being members of the designated group. The consequences for female incumbents of these minority groups are much worse. Reliance on the national demographics undermines the constitutional objective of equality. Instead of promoting non-racialism, it promotes race rivalry especially within the minority groups, and instead of embracing the principle of equality and non-sexism, it proffers tokenism. These numeric targets in an EEP present themselves as a barrier and quota rather than a target.

Lurking in this scheme is a constitutional challenge to the EEA.

**Tra confusione e sospetti. Clausole
generali e discrezionalità del giudice del
lavoro**

**Something between confusion and distrust.
General clauses and labour court's
discretion**

Maria Vittoria Ballestrero

LAVORO E DIRITTO

Volume XXVIII (2014), issue 2-3, pp. 389-412

1 PERCHÉ PARLIAMO DI CLAUSOLE GENERALI

I tempi delle clausole generali (c.g.) nel diritto del lavoro devono davvero essere mutati, visto il risveglio dell'interesse¹ intorno ad un tema che, sino ad ora, non aveva appassionato più che tanto gli studiosi della nostra disciplina²,

¹ Quest'anno, le Giornate di studio Aidlass (Roma, Università La Sapienza, 29 e 30 maggio 2014) sono state appunto dedicate al tema delle clausole generali. Le relazioni di S. Bellomo (Bellomo 2014), P. Campanella (Campanella 2014), G. Loy (Loy 2014), non ancora disponibili mentre scrivevo, sono ora pubblicate in versione provvisoria nel sito www.aidlass.it. La lettura (*ex post* e necessariamente affrettata) delle ponderose relazioni non mi ha indotto a modificare la struttura e l'impostazione del mio lavoro, pur avendo trovato in esse spunti interessanti di riflessione. Farò oltre qualche richiamo per segnalare convergenze o divergenze di opinione su punti specifici.

² In tempi meno recenti si erano occupati *funditus* dell'argomento Tullini 1990 e Zoli 1988, con specifico riferimento a buona fede e correttezza, in funzione di limiti ai poteri privati. Critico l'approccio di Persiani 1995a, che insiste sulla necessità di ancorare le valutazioni del giudice a criteri

prevalentemente occupati, da un decennio a questa parte, nell'attività di inseguimento di un legislatore che, con ritmo frenetico, modifica quanto era stato modificato pochi mesi prima, riscrive disposizioni appena riscritte, annuncia epocali riforme del mercato del lavoro, ma la montagna partorisce per ora solo qualche topo³, difficile da collocare in un sistema, che sistema non riesce più ad essere.

È ben vero che «quando i giuristi elaborano riflessioni sulle clausole generali [...] si tratta, quasi sempre, di dottrine o ideologie delle clausole generali animate da intenti di politica del diritto *de jure condito*» (Chiassoni 2011, p. 1695). Perché allora questo rinnovato interesse per le c.g., proprio in un periodo nel quale, superati alcuni nodi teorici⁴ che avevano acceso in passato il dibattito, la stagione attuale delle c.g. sembra essere quella della “normalizzazione”?⁵ Provo ad abbozzare una prima risposta: a me pare nettamente avvertibile nella attuale legislazione del lavoro una diffidenza verso le c.g., che strettamente si connette ai tentativi, più o meno espliciti e più o meno felici, di marginalizzare il ruolo

di normalità (socialmente accettata) al fine di limitare il rischio di decisioni arbitrarie.

³ Nel momento in cui scrivo, l'annunciato *Jobs Act* è ancora un disegno di legge delega. Il Governo ha fin qui prodotto solo un decreto legge contenente riforme del contratto a termine e dell'apprendistato, che, a mio parere, contribuiscono ad aumentare la già forte precarizzazione del lavoro, e con ciò la dualità del mercato che il d.d.l. promette di ridurre, ma solo in via sperimentale e in concorrenza con la liberalizzazione del contratto a termine.

⁴ «Discutere sulle clausole generali ha cessato di comportare una presa di posizione sul formalismo interpretativo» (Luzzati 2013, p. 169); del resto, nessuno crede più all'ermetica chiusura dei sistemi giuridici e, per quanto varie siano le teorie dell'interpretazione del diritto (cfr. Guastini, *retro*), nessuno pensa più che l'interpretazione (decisoria, cioè attributiva di significato) consista in una attività meramente conoscitiva.

⁵ Sulle stagioni delle c.g. cfr. Rodotà 1987 e 1998; Breccia 2007; Rescigno 2011b; Fabiani 2012, p. 190 ss.; Luzzati 2013; Campanella 2014.

del giudice del lavoro, e in ogni caso di limitarne al massimo la discrezionalità e il libero apprezzamento. Estremizzando (consapevolmente) si può dire che il diritto del lavoro stia conoscendo una stagione che ricorda, se non il ritorno a quella vecchia forma di positivismo giuridico che negava in radice la permeabilità del diritto a valori extragiuridici, almeno la stagione della diffidenza o del sospetto verso le c.g., alle quali si imputava di aprire la strada all'arbitrio del giudice, compromettendo la certezza del diritto. Insomma, un ritorno al clima ideologico che ha segnato, nella esperienza giuridica italiana, le fasi più remote del dibattito (molto acceso, e talora incandescente) sulle c.g.⁶

Se così è, il tema merita qualche non superficiale riflessione. Per quanto mi riguarda, la riflessione dovrebbe consentirmi di porre rimedio alla confusione in cui sono incorsa in altre occasioni, trattando fuggevolmente del tema⁷.

Come in ogni riflessione che si rispetti, il punto di partenza è la definizione del suo oggetto. Il compito è, in questo caso, tutt'altro che semplice.

⁶ Di questo clima (e delle tensioni presenti nell'ambito delle dottrine giuslavoristiche) danno conto le *Relazioni* presentate nelle Giornate di studio Aidlass 2014, nella misura in cui la diversità di approccio al tema delle c.g. rende leggibili politiche del diritto fortemente diversificate. V. *infra*, nota 14.

⁷ Ballestrero 2009, p. 4; Ead. 2013a, p. 41.

2 LA CONFUSIONE: ALLA RICERCA DI UNA NOZIONE DI “CLAUSOLA GENERALE”

Non c'è saggio dedicato allo studio delle c.g., lungo o breve, recente o meno recente che sia⁸, che non si apra con la constatazione della estrema variabilità delle espressioni utilizzate in dottrina. Oltre a c.g., la dottrina, e con essa la giurisprudenza, utilizzano espressioni (o sintagmi) quali: concetto indeterminato, norma elastica, concetto valvola, norma a contenuto variabile, *standard* valutativo (o semplicemente *standard*) e altre ancora⁹. Tanta variabilità non è solo frutto (altrimenti apprezzabile) della fantasia dei giuristi: i diversi sintagmi esprimono concetti in parte diversi, e ciò impedisce di usare indifferentemente l'uno o l'altro di tali sintagmi; peraltro, neppure all'uso dello stesso sintagma corrisponde una definizione univoca e generalmente accettata del concetto che esprime¹⁰. Come molti hanno rilevato, alla confusione terminologica corrisponde una notevole confusione concettuale, che i copiosi contributi dedicati allo studio della materia non sono riusciti a dissipare. Per parte mia, seguendo l'uso ormai corrente in dottrina, parlerò di c.g.

⁸ La letteratura in materia è sovrabbondante. Una ricostruzione accurata delle dottrine in materia in Fabiani 2012. Per ragioni di spazio, e non solo, citerò solo le opere alle quali faccio specifico riferimento.

⁹ Di *standard* parla ad esempio Taruffo 1989. L'uso del termine richiama la distinzione, corrente nella letteratura nordamericana, tra *rules* e *standards* (su cui cfr. Denozza 2011). Nelle dottrine di casa nostra, per *standards* si intendono piuttosto i criteri o parametri valutativi (ovvero i valori) ai quali la c.g. rinvia l'interprete.

¹⁰ Pedrini 2013, p. 32. In dottrina, le convergenze maggiori si registrano nella definizione delle funzioni delle c.g., ma anche in questo caso le opinioni non sono univoche.

C.g., sintagma “tedeschizzante” (*Generalklauseln*), non dei più felici¹¹, appartiene al linguaggio della dottrina, mentre mai, o quasi mai, ricorre nei documenti normativi: l’art. 30, l. n. 183/2010 (“Collegato lavoro”), che espressamente menziona le c.g., rappresenta perciò un’eccezione, sulla quale, per le ragioni accennate in premessa e di cui dirò oltre, sarà necessario soffermare l’attenzione (§§ 2 ss.).

Senza alcuna pretesa di ricostruire un dibattito di grande portata, che ha visto, specie di recente, un confronto serrato tra civilisti (sono soprattutto i civilisti gli studiosi che maggiore attenzione hanno dedicato allo studio delle c.g.) e teorici del diritto¹², ma che ha coinvolto anche i costituzionalisti¹³, e senza alcuna pretesa di originalità, provo a riassumere i termini (problematici) della nozione di c.g., tentandone una definizione (più informativa che stipulativa) della quale avvalermi per la costruzione di un discorso che, partendo dal generale, si propone di arrivare coerentemente al particolare.

Ogni definizione di c.g. (come ogni definizione in genere) è il risultato della costruzione di un concetto da parte dell’interprete. Ovviamente non esiste in natura una nozione “corretta”; esistono (nel senso che sono state proposte dalla dottrina) nozioni disparate, più o meno preferibili a seconda delle opzioni ideologiche in favore o avverse al ricorso, da parte del legislatore, alle c.g.; opzioni nelle quali gioca un ruolo determinante l’ampiezza del potere discrezionale del

¹¹ Spiega bene perché Luzzati 2013, p. 163 ss.

¹² Ha contribuito senza dubbio a rendere intenso, ed anche insolitamente proficuo, questo dibattito il libro di Velluzzi 2010, su cui cfr. fin d’ora i commenti critici di Chiassoni 2011; D’Amico 2011; Libertini 2011.

¹³ Cfr. Pedrini 2013 e ivi riferimenti.

giudice, chiamato ad applicare le c.g. nella decisione sulla fattispecie concreta¹⁴.

2.1 La nozione e i suoi elementi essenziali

Non è mia intenzione riepilogare, neppure sommariamente, le definizioni proposte¹⁵; ai fini di questa breve riflessione sulle c.g. “in astratto” (che premetto alla riflessione su una c.g. *in action*) ritengo sufficiente soffermarmi su alcuni tratti essenziali (di alcune) delle diverse definizioni proposte.

Mi pare appropriato prendere le mosse dalla definizione proposta da Velluzzi: si tratta infatti di una definizione molto fluida, all'interno della quale compaiono alcuni elementi su cui (semplificando) si può dire che vi siano ampie

¹⁴ Porto come esempio le *Relazioni* presentate nelle Giornate di studio Aidlass 2014. È favorevole ad accogliere una ampia nozione di c.g. Loy 2014, che assegna alle c.g. la funzione di “attualizzare” il diritto, «anche mediante l’individuazione (là dove consentito, come nel caso dei diritti personali, non tassativi) di nuove aree di protezione di interessi», e dunque la capacità di contrastare le tendenze attuali del diritto del lavoro, che privilegia la considerazione degli interessi dell’impresa, e tende a limitare il potere discrezionale del giudice. Favorevole alla dilatazione della nozione di c.g. è anche Bellomo 2014, ma per ragioni diverse, se non opposte: all’A. interessa soprattutto la limitazione del potere discrezionale del giudice, costretto ad un *self restraint* a fronte delle valutazioni espresse dall’autonomia collettiva che, per esplicita o implicita volontà del legislatore, devono essere assunte dal giudice come *standards* prioritari di riferimento. Adotta invece una nozione più ristretta di c.g. Campanella 2014, preoccupata di ricondurre le c.g. nella logica del contratto di lavoro: l’attenzione dell’A. è concentrata su una c.g. “per eccellenza” (buona fede e correttezza), che ritiene debba svolgere una funzione di integrazione negoziale coerente con lo schema causale del contratto e con la definizione legale degli obblighi del prestatore di lavoro: ciò in evidente contrasto con le tendenze, presenti nel diritto del lavoro “vivente”, a dilatare tali obblighi in funzione di protezione degli interessi del datore di lavoro.

¹⁵ Rinvio per questo a Fabiani 2012 (la cui definizione di c.g. è in sostanza quella proposta da Mengoni 1986). L’A. ripercorre con grande accuratezza le posizioni espresse dalla dottrina.

convergenze (li terrò perciò fermi nella mia definizione), e altri sui quali invece le divergenze sono notevoli (e su questi dovrò operare delle scelte).

La definizione è la seguente: «la clausola generale è un termine o sintagma di natura valutativa caratterizzato da indeterminatezza, per cui il significato di tali termini o sintagmi non è determinabile (o detto altrimenti le condizioni di applicazione del termine o sintagma non sono individuabili) se non facendo ricorso a criteri, parametri di giudizio, interni e/o esterni al diritto tra loro potenzialmente concorrenti»¹⁶.

Un prima convergenza può registrarsi sulla frase seguente: “la c.g. è un sintagma di natura valutativa”¹⁷. Ma occorre subito fare una precisazione, perché al di sotto della convergenza sta una notevole divergenza sulla seguente questione: se le c.g. siano termini o sintagmi valutativi (locuzioni contenute in una disposizione) o invece norme (o frammenti di norme)¹⁸. Premessa la distinzione (largamente nota e accettata) tra disposizione e norma¹⁹, mi pare di poter dire che la c.g. nasce certamente come frammento (termine, sintagma) di una disposizione (nella quale è

¹⁶ Velluzzi 2010, p. 71, il cui lavoro si colloca, almeno in parte, sul piano sintattico; critiche a Velluzzi sono state mosse da più parti (cfr. i saggi pubblicati in Rescigno 2011a); critica Velluzzi per non essere sceso sul piano (semantico) della discussione sui significati Luzzati 2013, p. 172 ss.

¹⁷ Valutativa, secondo la definizione di U. Scarpelli (1962, pp. 56-57, citato da Velluzzi 2010, p. 61), è «un’espressione il cui significato non può essere determinato senza fare riferimento a un qualche insieme [...] di parametri – giuridici, morali, sociali, di un’arte, di una tecnica, di una scienza, di una disciplina – da essa (presuntivamente) richiamato» (cito da Chiassoni 2011, p. 1693).

¹⁸ Cfr. la polemica tra Velluzzi 2010 e Libertini 2011 da una parte, e tra Velluzzi 2010 e Luzzati 2013 dall’altra.

¹⁹ Per tutti Guastini 2011, p. 63 ss.

appunto contenuto); il sintagma (c.g.) è soggetto ad interpretazione: la c.g. diventa frammento di norma ad interpretazione avvenuta. I giuristi positivi (specialmente i civilisti) definiscono per lo più le c.g. come norme o frammenti di norme (ma non così Belvedere 1988): probabilmente perché la distinzione tra testo e significato è spesso trascurata dai giuristi positivi, che parlano genericamente di “norme”, anche quando si riferiscono a disposizioni, e comunque perché il loro interesse si concentra sull’interpretazione/applicazione delle c.g., e in particolare sul potere discrezionale del giudice²⁰.

Una seconda convergenza può registrarsi sulla frase seguente: “il significato del sintagma valutativo non può essere determinato senza fare riferimento ai parametri di giudizio” cui il sintagma fa (presuntivamente) rinvio.

La convergenza verte sulla c.d. integrazione valutativa²¹, e corrisponde ad una (relativa) unanimità di vedute sulla funzione attribuita alle c.g.: una tecnica normativa di costruzione della fattispecie (astratta), che consente di salvaguardare la flessibilità dell’ordinamento giuridico,

²⁰ Nella dottrina civilistica e lavoristica è certamente notevole l’influenza esercitata dal saggio di Mengoni 1986, che definisce le c.g. come direttive (espresse attraverso il riferimento ad uno *standard* sociale) rivolte al giudice per la formazione della regola da applicare al caso concreto. Secondo Mengoni, le c.g. non descrivono una fattispecie e sono prive di un proprio ambito operativo, essendo destinate ad operare nell’ambito di altre norme. Dissente dall’opinione di Mengoni, Rodotà 1987 (cfr. anche Rodotà 1998); secondo Rodotà è l’intenzionalità dell’indeterminatezza a caratterizzare la nozione di c.g., che si distingue da altre nozioni (direttive, *standards*, concetti indeterminati, norme generali) in quanto consiste in una particolare tecnica legislativa di costruzione di una fattispecie aperta e appunto intenzionalmente indeterminata. Alle c.g. Rodotà (1998) attribuisce la funzione (e il merito) di dare ingresso al pluralismo delle fonti e cittadinanza alle diversità.

²¹ Questa espressione, utilizzata da Castronovo 1986, è ricorrente in dottrina.

rinviano (o delegando)²² al giudice la valutazione, basata su parametri (*standards* o valori) variabili nel tempo, necessaria per la decisione sulla fattispecie concreta (ovvero, per dirla con Mengoni, per la formazione della regola da applicare al caso concreto).

Le divergenze si manifestano però nella individuazione dei parametri o *standards* di riferimento (e su questo occorre prendere posizione). Le opzioni possibili sono: solo parametri extragiuridici (*standards* sociali, morali, di costume, ecc.) o anche parametri giuridici (ovvero interni al diritto: principi generali, ma anche altre norme o insiemi di norme). La scelta per l'una o l'altra delle opzioni ha come premessa un'altra questione sulla quale le opinioni divergono: se quello di c.g. sia un concetto caratterizzato da indeterminatezza solo in senso quantitativo (indeterminatezza più elevata di quella propria di tutte le norme giuridiche) o anche in senso qualitativo (perché implica una valutazione in senso lato morale)²³.

La divergenza su tale questione non esaurisce il panorama delle divergenze: posta una sostanziale convergenza sulla esigenza di distinguere le c.g. (oltre che dagli *standards* e dai principi) da altri concetti indeterminati, c'è infatti chi parla di c.g. "in senso stretto"²⁴, chi considera la c.g. un

²² La c.g. è configurata come delega al giudice di una scelta assiologica da Roselli 1983, p. 4; di "eccedenza assiologica" (espressione già usata da Betti) parla anche Rescigno 1998.

²³ Di indeterminatezza da rinvio parla Velluzzi 2010; di "vaghezza socialmente tipica", per distinguerla dalla vaghezza (o indeterminatezza) comune parla Luzzati 2013.

²⁴ Libertini 2011: secondo l'A., le c.g. sono norme che rimettono al giudice la determinazione del criterio di contemperamento – sulla base di una valutazione comparativa in concreto – fra interessi tutelati dall'ordinamento.

concetto elastico²⁵, chi una norma a struttura aperta²⁶. Queste ultime divergenze, benché non prive di importanza, mi paiono trascurabili in questa sede. Resta invece ineludibile, anche in questa sede, la risposta a due domande: a) se la c.d. integrazione valutativa sia elemento essenziale della nozione di c.g.; b) se si possa ancora parlare di c.g. quando la disposizione in cui la clausola è contenuta indichi già (direttamente o indirettamente) in altre norme i parametri per la valutazione del giudice.

2.2 Clausola generale e potere discrezionale del giudice

La mia risposta alla domanda *sub a)* è conforme alla risposta condivisa dalla gran parte della dottrina, secondo cui la c.g. è caratterizzata dal rinvio a valutazioni dell'interprete (e finalmente del giudice); caratteristica che rende la indeterminatezza (o vaghezza) della c.g. anche qualitativamente diversa da quella di altre norme e comunque di tutti i termini del linguaggio giuridico. Tuttavia resta ancora da chiarire se il rinvio di cui si tratta attenga all'interpretazione (traduzione di una disposizione data in una norma esplicita) o alla integrazione (creazione di una norma nuova inespressa, a partire da una norma data). Nel secondo senso è orientata la maggior parte della dottrina, che vede nella c.g. una delega al giudice di un potere di produzione normativa (creazione di una norma "nuova") assimilabile a quello del legislatore²⁷. Da qui la preoccupazione, espressa da molti, sulla inflazione delle c.g.

²⁵ Castronovo 1986.

²⁶ D'Amico 2011.

²⁷ Belvedere 1988. Gli orientamenti dottrinali sul punto sono riepilogati da Fabiani 2012, p. 194 ss.

A me pare che la c.d. integrazione valutativa che caratterizza le c.g. costituisca pur sempre “una mossa interpretativa”²⁸, indipendentemente dalla circostanza che i parametri sui quali l’interprete fonda la propria valutazione (al fine di sussumere la fattispecie concreta nella fattispecie astratta) siano parametri sociali o morali (esterni), o invece parametri giuridici (interni all’ordinamento).

Tanto precisato, vengo alla risposta alla domanda *sub b*). Prescindo dalla discussione su indeterminatezza, vaghezza e ambiguità, che in questa sede mi parrebbe francamente esorbitante, per venire al nocciolo della questione. Nell’ipotesi in cui la c.g. *non* fosse caratterizzata dal rinvio a parametri esterni all’ordinamento giuridico, in che cosa si distinguerebbe dalle altre disposizioni (frammenti di) nelle quali si registra un certo grado, anche elevato, di indeterminatezza? La dottrina largamente prevalente esclude che possa parlarsi di c.g. quando il sintagma valutativo rinvii esplicitamente o implicitamente a parametri interni all’ordinamento giuridico, nella convinzione che in tal caso venga meno quella «discrezionalità produttiva o integrativa di norme» (Mengoni 1986, p. 10), che consentirebbe appunto di distinguere le c.g. dalle norme generali a fattispecie aperta (ovvero anche dai concetti indeterminati e dai concetti elastici), inducendo inoltre alla confusione tra c.g. e principi²⁹.

²⁸ L’espressione è di Chiassoni 2011, p. 1697, al quale rinvio per la dimostrazione dell’assunto.

²⁹ La confusione tra c.g. e principi non dovrebbe aver luogo: mentre le c.g. sono frammenti di enunciati (sintagmi valutativi), i principi sono enunciati completi (che talora contengono c.g.), la cui applicazione richiede la concretizzazione, vale a dire l’elaborazione di una regola inespressa idonea a risolvere il caso concreto: Guastini 2013, p. 66 ss.

Premesso quanto ho detto sopra rispondendo alla domanda *sub a)*, a me pare che, laddove la fattispecie sia completa (per quanto aperta) e il sintagma valutativo in essa contenuto rinvii l'interprete alla considerazione di *standards* che rientrano nella "cornice" disegnata da altre norme (o insiemi di norme)³⁰, la "mossa interpretativa" consista nella scelta di uno dei significati possibili alla luce di quegli *standards*. Dunque saremmo al di fuori dell'ambito delle c.g.: sempre che si convenga che la c.g. sia caratterizzata dalla c.d. integrazione valutativa, e che il "vuoto" della fattispecie oggetto della disposizione debba essere riempito mediante l'interpretazione "creativa" (creazione di una norma nuova), che renda necessario il riferimento a *standards* al di fuori della cornice (come sono appunto gli *standards* sociali, morali, di costume ecc.)³¹.

È chiaro che convenire su questa nozione di c.g. significa operare una scelta nel senso di restringere la qualificazione in termini di c.g. ai soli casi in cui la disposizione nella quale

³⁰ «Trama normativa in tutta la sua complessità sistematica»: così definisce Nogler 2011, p. 126, quella che nel testo ho chiamato "cornice".

³¹ Ho fatto ricorso alla terminologia utilizzata da Guastini 2011, p. 59 ss. Una questione, dibattuta ma qui marginale, è se le c.g. ostino al ragionamento sillogistico (così Roselli 1983). Secondo Taruffo 1989, p. 319, lo schema di impiego della c.g. (che l'A. chiama *standard*) «non è il modello tradizionale della sussunzione sillogistica: non si ha una premessa maggiore costituita dalla norma, integrata dallo standard, e una premessa minore rappresentata dal fatto, da cui il giudice trae una conclusione deduttiva; si ha invece uno schema completamente diverso, dove si pone prima il fatto, che viene valutato secondo lo standard, che viene poi qualificato in base alla norma, e che costituisce infine oggetto di decisione». Insomma, il punto di partenza non è la norma, ma il fatto (così anche D'Amico 2011, p. 710; Loy 2014). Per una convincente critica di questa tesi cfr. Luzzatti 2013, p. 191, che giustamente sottolinea come, nel caso delle c.g., l'accertamento della fattispecie concreta sia cosa diversa dall'accertamento delle norme sociali rilevanti, cui rinviano le c.g.

compare il sintagma valutativo *non* disciplini una fattispecie completa (o completabile mediante rinvio ad altre norme); scelta in sé né vera né falsa, e ovviamente opinabile (cfr. Pedrini 2013, p. 166 ss.). Fatta questa scelta, resta comunque da chiarire quale discrezionalità abbia il giudice in quella creazione di una norma nuova cui dà luogo l'applicazione della c.g.

Come è noto, la dottrina si affanna da tempo nella ricerca di un ancoraggio obiettivo che circoscriva la discrezionalità del giudice, preoccupata che la c.d. delega (che taluno considera “in bianco”: ma ancora di interpretazione si tratta) si risolva nell'attribuire al il giudice il potere di utilizzare la propria personale scala di valori; la c.d. delega si risolverebbe così nell'arbitrio. Si chiarisce allora che il riferimento al giudice non è un riferimento al giudice singolo, ma al potere giudiziario; si insiste sulla “normalità” (o “tipicità sociale”) verificabile empiricamente nella realtà degli *standard* sociali, morali e di costume, ovvero sulla riconoscibilità dei valori di riferimento. L'insistenza sulla normalità (cfr. specialmente Falzea 1987) o tipicità sociale fa da contrappunto non tanto alla idea (un po' *vieillotte*, ma resistente) che le c.g. aprano la strada all'arbitrio del giudice, quanto piuttosto alla visione delle c.g. come “valvole” che consentono di immettere nell'ordinamento giuridico valori sociali nuovi, di dare cittadinanza alle diversità, aprendo l'ordinamento al pluralismo dei valori culturali ed etici.

Piuttosto che affrontare in astratto la questione dell'ampiezza del potere discrezionale del giudice, mi pare più opportuno esaminarla nel contesto della riflessione sul problema della controllabilità della scelta degli *standards* valutativi applicati dal giudice di merito nel caso concreto. Poiché di ciò ci si è occupati specialmente discutendo della sindacabilità in cassazione della interpretazione/

applicazione delle c.g., rinvio oltre (§ 3) le considerazioni sul punto.

3 I SOSPETTI: LE CLAUSOLE GENERALI NEL “COLLEGATO LAVORO”

Come ho detto sopra, l'espressione c.g. appartiene al linguaggio della dottrina e (talora) della giurisprudenza, non a quello del legislatore. Costituisce perciò un'eccezione³² l'art. 30, comma 1, l. n. 183/2010 (Collegato lavoro)³³, che non solo fa espressa menzione delle c.g., ma assume che contengano c.g. una serie aperta di disposizioni di legge in materia di lavoro (subordinato e autonomo coordinato e continuativo, privato e pubblico); il legislatore tuttavia non qualifica come c.g. alcuno specifico frammento delle disposizioni richiamate come incluse nella fattispecie, lasciando all'interprete decidere quali disposizioni

³² Ma non si tratta di una assoluta novità: già nel d.lgs. n. 276/2003 previsioni analoghe in ordine ai limiti del sindacato del giudice sulle scelte organizzative tecniche e produttive erano previste nella disciplina del lavoro a progetto e della somministrazione a tempo determinato. La novità dell'art. 30 consiste nell'ampiezza, generalità (e genericità) della previsione.

³³ Il testo della disposizione è il seguente: «In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente».

contengano c.g. e quindi a quali di esse si applichi la disciplina di cui all'art. 30, comma 1³⁴.

Scontato qualche isolato consenso, l'accoglienza riservata all'art. 30 non è stata favorevole. Secondo alcuni la disposizione è «una mera enunciazione di carattere ideologico, sostanzialmente innocua perché non innovativa e quindi insuscettibile di modificare assetti interpretativi consolidati» (Benassi 2012, p. 93)³⁵; secondo altri la disposizione è inutile, perché tutte o buona parte delle espressioni usate dal legislatore nelle disposizioni richiamate non costituiscano c.g. (Nogler 2011; Carinci 2011 e 2012)³⁶; una terza opinione (anch'essa negativa) prende invece "sul serio" l'art. 30, richiamando l'attenzione sul collegamento istituito nella disposizione tra c.g. e limitazione del ruolo del giudice in ordine al controllo sull'attività dell'impresa (Ferraro 2011; Perulli 2013; da ultimo Loy 2014; cfr. anche Rescigno 2011b).

³⁴ In via di prima approssimazione, i frammenti possono essere individuati: nelle causali per la stipulazione del contratto a termine e per la somministrazione a tempo determinato; nelle giustificazioni richieste per l'esercizio dei poteri del datore di lavoro (è il caso, ad esempio, del trasferimento del lavoratore); nelle definizioni legali di trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda; nella giusta causa e nei giustificati motivi di licenziamento. Proprio a questi ultimi si riferisce il comma 3 dell'art. 30, su cui tornerò oltre.

³⁵ L'A. prende invece sul serio la volontà del legislatore di limitare il potere di controllo del giudice; anche Tiraboschi 2011, p. 29 ritiene che l'espressione "c.g." sia stata volutamente utilizzata dal legislatore in senso lato e atecnico, ma poi sembra considerare c.g. in senso tecnico le causali del contratto a termine, le giustificazioni dei licenziamenti, e così via.

³⁶ Critica questa opinione, giudicandola formalistica, Perulli 2013, secondo cui l'art. 30, comma 1, non incide minimamente sulle norme di diritto comune che contengono c.g. in senso stretto (specialmente buona fede e correttezza), mentre farebbe entrare nell'ambito del diritto del lavoro un concetto di c.g. equivalente a quello di norma contenente un precetto generico.

Benché mi sia espressa altrove nel senso della seconda delle opinioni richiamate sopra³⁷, proverò anche io a prendere sul serio l'art. 30, comma 1, per verificare se sia possibile attribuirgli un qualche significato "utile", analizzando meglio la struttura della disposizione, scindibile in due parti. Nella prima parte l'art. 30 detta una norma la cui fattispecie è "c.g."; nella seconda parte, detta un comando (esplicitamente rivolto al giudice).

La lettera della prima parte della disposizione potrebbe essere interpretata nel senso che il legislatore "qualifica" come c.g. i sintagmi disseminati nella legislazione del lavoro che contengono le causali o le giustificazioni richieste per l'esercizio legittimo dei poteri del datore di lavoro. Una interpretazione in tal senso implicherebbe anzitutto la introduzione nel diritto del lavoro (e solo in esso) di un concetto di c.g. dai confini assai più incerti di quelli che decenni di elaborazione dottrinale hanno contribuito bene o male a delineare: il che non contribuisce certo a dare certezza ad un settore del diritto che di certezza sembra avere sempre maggior bisogno. Ma quello che più conta è che una siffatta qualificazione entrerebbe direttamente in contraddizione con la seconda parte della disposizione, che contiene il comando rivolto al giudice.

Il comando è così formulato: in presenza di una c.g., il giudice deve limitare il controllo «esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità», senza estenderlo «al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente». Prendiamo ad esempio il giustificato

³⁷ Ballestrero 2009, p. 4. Non ho cambiato opinione, ma sento ora l'esigenza di fare chiarezza su quanto avevo scritto.

motivo oggettivo di licenziamento (esempio non casuale, perché proprio questo stava a cuore al legislatore). Il controllo del giudice, essendo limitato al “presupposto di legittimità”, dovrebbe consistere nella sola verifica della sussistenza (veridicità o non pretestuosità) della ragione addotta dal datore di lavoro, mentre dovrebbe essere inibito al giudice di spingersi oltre, per valutare se, alla luce di parametri interni, ma soprattutto esterni all’ordinamento giuridico (*standards sociali*)³⁸, le ragioni addotte dal datore di lavoro siano adeguate e sufficienti a giustificare il licenziamento.

Mi pare questo il significato del comando: perché, se come ho scritto altrove³⁹, il legislatore si fosse limitato ad inibire al giudice il sindacato “di merito” sulle scelte economiche e/o organizzative dell’imprenditore, il comando si risolverebbe in realtà in un monito del tutto superfluo alla luce del diritto vivente. È infatti più che consolidato l’orientamento della giurisprudenza della Corte di legittimità nel senso che il controllo del giudice non può estendersi ad un sindacato sull’opportunità e sulla congruità delle scelte in materia di assetti produttivi ed organizzativi: scelte nelle quali l’imprenditore gode della libertà garantita dall’art. 41, comma 1, Cost. Né varrebbe ad aggiungere forza e utilità al monito il richiamo, contenuto nell’art. 30, comma 1, ai “principi generali dell’ordinamento”. Il legislatore infatti “ricorda” ai giudici che l’insindacabilità nel merito delle scelte

³⁸ Nella specie, ciò che pare interessare precipuamente al legislatore è il giudizio valutativo frutto del bilanciamento tra libertà dell’iniziativa economica e diritto al lavoro. Il bilanciamento può essere espresso anche in termini di giudizio di proporzionalità: cfr. Perulli 2005.

³⁹ Ballestrero 2009. Più ampiamente sul punto Ballestrero 2013b, p. 565 ss.

imprenditoriali risponde a principi generali⁴⁰: tuttavia il richiamo ai principi generali può essere considerato corretto, solo quando (e nei limiti in cui) le scelte imprenditoriali non entrino in conflitto con diritti fondamentali preminenti rispetto al principio della libera iniziativa economica⁴¹. L'affermazione implica il riconoscimento di una gerarchia tra diritti costituzionalmente tutelati: ma discutere di ciò porterebbe troppo lontano.

Per tornare alla contraddizione segnalata sopra: se obiettivo del comando rivolto al giudice è l'inibizione della "integrazione valutativa", che, come abbiamo visto sopra, costituisce – secondo l'opinione largamente prevalente, che condivido – la caratteristica precipua della c.g., la disciplina di cui all'art. 30, comma 1, si risolve (paradossalmente) nella prescrizione al giudice del lavoro di *non* fare uso delle c.g.⁴². Il legislatore pare allora sottintendere che in presenza di una c.g., la discrezionalità del giudice si risolve necessariamente in decisioni *case by case*, sorrette da valutazioni personali e come tali arbitrarie. Il meno che si può dire è che il legislatore ha un'idea alquanto

⁴⁰ La l. n. 92/2012, art. 1, comma 43, rafforza il comando rivolto al giudice di astenersi dall'entrare nel merito delle scelte imprenditoriali, disponendo: che «l'inosservanza delle disposizioni [...] in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto». Il legislatore rafforza così implicitamente anche la tesi del sindacato della Cassazione sull'interpretazione/applicazione delle c.g. come questione di diritto (violazione e falsa applicazione della legge: art. 360, n. 3, c.p.c.): *infra*, § 3.

⁴¹ Cfr. Nogler 2011, p. 129 ss., e ivi significativi esempi.

⁴² 42 Il legislatore avrebbe dovuto dire: è fatto divieto di interpretare come clausole generali i sintagmi valutativi ricorrenti nelle disposizioni richiamate. Così Nogler 2011, p. 126.

approssimativa delle c.g.⁴³; ma soprattutto si può dire che, assumendo come c.g. una serie indefinita di sintagmi valutativi presenti in un certo numero di disposizioni in materia di lavoro, il legislatore ha tentato di disinnescarne la carica di apertura verso valori sociali ed etici in potenziale conflitto con la libertà di iniziativa economica.

Il tentativo è però maldestro: se il legislatore omette di qualificare espressamente come c.g. l'uno o l'altro sintagma contenuto nelle disposizioni richiamate (ma non specificamente individuate), resta ancora una volta affidata agli interpreti (e ai giudici, *in primis*) la identificazione di tali sintagmi (tutti, o solo alcuni di essi, o nessuno di essi) come c.g., cosicché anche il comando rivolto al giudice può essere raccolto, o invece cadere nel vuoto. Di ciò ci si può rendere meglio conto passando dal ragionamento in astratto, ad un approccio pragmatico, mediante l'analisi di una (pretesa) c.g. *in action*.

4 LA GIUSTA CAUSA DI LICENZIAMENTO E LA SUA INCERTA QUALIFICAZIONE COME CLAUSOLA GENERALE

Con il generico riferimento alle norme in materia di recesso, l'art. 30, comma 1, l. n. 183/2010 allude certamente alla giusta causa e al giustificato motivo soggettivo e oggettivo di licenziamento; di giusta causa e giustificato motivo, di cui,

⁴³ Come ha scritto Rescigno 2011b, p. 1690, «di un legislatore che si appropria di stilemi e categorie nate sul terreno della dottrina e dell'esperienza giudiziale per piegarle a finalità diverse o contrarie alle originarie ragioni non sappiamo se debba deplorarsi l'approssimativa erudizione o mettersi a nudo la furbesca malizia. Nel dubbio, tutte e due le cose».

peraltro, si occupa specificamente il comma 3 dello stesso articolo (su cui tornerò oltre: § 3.1).

Per ragioni di spazio dedicherò la mia attenzione alla sola nozione di giusta causa (di licenziamento). Le opinioni espresse in materia dalla dottrina (civilistica, ma anche lavoristica)⁴⁴ non sono univoche, ma non è infrequente imbattersi nella qualificazione della giusta causa come c.g., sulla scia dell'orientamento della Cassazione. La Corte definisce infatti l'art. 2119 c.c. "norma elastica", e considera la giusta causa (vale a dire la causa che non consente la prosecuzione anche provvisoria del rapporto) una c.g., la cui interpretazione/applicazione richiede una integrazione valutativa da parte del giudice di merito, che a tal fine farà ricorso, oltre che ai parametri interni all'ordinamento (come "tipizzati" nella giurisprudenza della S.C.), anche a parametri esterni (*standards* sociali, o di normale tollerabilità del comportamento del lavoratore, definiti riassuntivamente dalla Corte "di civiltà del lavoro").

Questo orientamento risale alle sentenze nelle quali, operando un *revirement* di notevole portata anche teorica, la S.C. (proprio decidendo in materia di giusta causa di licenziamento) ha ammesso la sindacabilità in cassazione della interpretazione / applicazione delle c.g., riconducendola nell'ambito sia del controllo sulla violazione

⁴⁴ Secondo Mengoni 1986, l'art. 2119 c.c. è una "norma generale" (norma completa: fattispecie e comando); la fattispecie descrive riassuntivamente una generalità di casi, e lascia pertanto al giudice un margine di discrezionalità, ma non una discrezionalità produttiva o integrativa di norme; la giusta causa non è dunque una c.g. (che Mengoni definisce nei termini riportati sopra: nota 20). L'opinione di Mengoni ha avuto notevole seguito in dottrina, anche se alcuni autori, non avendo ben chiara la distinzione mengoniana tra norma generale e c.g. (o prescindendo da essa: Bellomo 2014), finiscono per condividere l'orientamento della S.C.

falsa applicazione della legge (art. 360, n. 3, c.p.c.), sia della logicità della motivazione (art. 360, n. 5, c.p.c., nella formulazione previgente)⁴⁵. L'orientamento della giurisprudenza successiva non è stato univoco (per un accurato riepilogo cfr. Fabiani 2012, p. 232 ss.); le divergenze (salvo qualche sporadico caso) non attengono tuttavia alle premesse, e cioè alla qualificazione della giusta causa come c.g., nonché alla qualificazione dell'integrazione valutativa (mediante *standards* esterni) come attività di integrazione giuridica, bensì alla delicata definizione della linea di demarcazione tra la questione di fatto (accertamento del fatto) e la questione di diritto (qualificazione del fatto e sussunzione nella fattispecie astratta).

Il *revirement* in punto di sindacabilità in cassazione della interpretazione e applicazione delle c.g. da parte del

⁴⁵ Così Cass. 18 gennaio 1999, n. 434 e Cass. 22 ottobre 1998, in *FI*, 1999, I, co. 1892, nota di Fabiani, *Sindacato della Corte di cassazione sulle norme elastiche e giusta causa di licenziamento*; Cass. n. 434/1999 anche in *RIDL*, 1999, II, p. 431, nota di Bove, *Il sindacato della Corte di Cassazione in relazione all'applicazione del concetto di giusta causa di licenziamento*. Secondo Cass. 18 gennaio 1999, n. 434, «il giudizio di valore su un comportamento (sulla maggiore o minore gravità, nel caso di specie) comporta la sua sussunzione sotto una determinata norma elastica, che ha solo indicato, per tale sua struttura, un parametro generale (art. 2119 c.c. e art. 3, l. n. 604/1966). Nell'esprimere tale giudizio il giudice di merito compie un'attività di integrazione giuridica – e non meramente fattuale – della norma stessa [...]. Il giudizio valutativo – e quindi di integrazione giuridica – del giudice di merito deve però conformarsi, oltre che ai principi dell'ordinamento, individuati dal giudice di legittimità, anche ad una serie di standard valutativi esistenti nella realtà sociale, che assieme ai predetti principi compongono il diritto vivente, e, in materia di lavoro la c.d. civiltà del lavoro [...]. La valutazione di conformità – agli standard di tollerabilità dei comportamenti lesivi posti in essere dal lavoratore – dei giudizi di valore espressi dal giudice di merito, per la funzione integrativa che essi hanno delle regole giuridiche, spetta al giudice di legittimità nell'ambito della funzione nomofilattica che l'ordinamento ad esso affida».

giudice di merito, già da tempo caldeggiato dalla dottrina⁴⁶, ha trovato accoglienza favorevole specie tra gli studiosi del diritto processuale civile (cfr. il riepilogo di Fabiani 2012, p. 231 ss. e ivi riferimenti), che hanno salutato con soddisfazione la definizione dell'attività di "integrazione valutativa" compiuta dal giudice di merito come *quaestio iuris*. I (rari) dissensi manifestati dalla dottrina lavoristica⁴⁷ vertono non tanto su questo punto, quanto proprio sulla qualificazione della giusta causa come c.g.: questione per affrontare la quale mi pare necessario tornare a considerare la struttura del primo comma dell'art. 2119, c.c.⁴⁸.

L'espressione "recesso per giusta causa" figura nella rubrica dell'art. 2119 c.c. (comma 1). La disposizione contiene la definizione delle fattispecie astratte (recesso *ante tempus* dal contratto a termine e recesso senza preavviso dal contratto a tempo indeterminato), ed esprime le norme seguenti (a loro volta suscettibili di interpretazione): 1. se sussiste una causa che non consente la prosecuzione anche provvisoria del rapporto e il contratto è a tempo determinato, allora ciascuna delle parti può recedere *ante tempus*; 2. se sussiste una causa che non consente la prosecuzione del rapporto e il contratto è a tempo indeterminato, allora ciascuna delle parti può recedere senza preavviso.

⁴⁶ V. specialmente il lavoro di Roselli 1983 (su cui Rescigno 1998); ampiamente sulla questione Fabiani 2012, p. 227 ss.

⁴⁷ Il dissenso può nascere dalle opzioni in ordine alle teorie dell'interpretazione del diritto: è il caso di Persiani 1995b, su cui cfr. Nogler 2014; ma può nascere dalla convinzione che la giusta causa non sia qualificabile come c.g. (cfr. ancora Nogler 2014, p. 131).

⁴⁸ Trascuro per brevità sia l'analisi della parte del comma 1 relativa alle dimissioni per giusta causa, sia l'analisi del comma 2, nel quale si affina la definizione di "causa che non consente la prosecuzione anche provvisoria del rapporto".

Le due fattispecie (antecedenti delle due norme) non contengono il sintagma valutativo “giusta causa”, ma “giusta causa” è l’etichetta che riassume la clausola “causa che non consente”. Nelle due norme non è indeterminato il concetto di “giusta causa”; ad essere indeterminata è la “giustezza” della causa, vale a dire la gravità sufficiente a legittimare il licenziamento senza preavviso. La decisione del caso concreto richiederà pertanto una valutazione (in ordine alla giustezza o meno della causa). Schematizzando al massimo, il giudizio nella fattispecie concreta può essere scomposto in due fasi: l’accertamento del fatto; la qualificazione del fatto come giusta causa e la sua sussunzione nella fattispecie astratta. La qualificazione implica una valutazione: ma in base a quali *standards* dovrà essere compiuta?

In primis, risponde la Cassazione, in base a quelli “tipizzati” dalla S.C. nella sua ricca giurisprudenza in materia, che costituisce il c.d. diritto vivente. Non è questa la sede per riepilogare la massima tradizionale e la sua progressiva rielaborazione da parte del giudice di legittimità, anche alla luce della ridefinizione del licenziamento per giusta causa come “ontologicamente disciplinare” (indipendentemente dunque dalla inclusione della condotta colposa del lavoratore tra le infrazioni previste dal c.d. codice disciplinare applicabile nella specie)⁴⁹. Mi limito pertanto a riportare, nei suoi punti essenziali, la massima attualmente corrente. Secondo la Corte⁵⁰, «per stabilire in concreto la sussistenza o meno di una giusta causa di licenziamento, che deve rivestire il carattere di grave negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro, ed in particolare di quello

⁴⁹ *Ex multis*: Cass. 16 luglio 2012, n. 12127, in *OGI*, 2012, p. 640. Per riferimenti rinvio a Ballestrero 2013a, p. 40 ss.

⁵⁰ Cito da Cass. 12 dicembre 2012, n. 22798, in *OGI*, 2012, p. 868, scelta tra le tante conformi.

fiduciario, occorre valutare, da un lato, la gravità dei fatti addebitati al lavoratore, in relazione alla portata oggettiva e soggettiva dei medesimi, alle circostanze nelle quali sono stati commessi ed all'intensità dell'elemento intenzionale, dall'altro la proporzionalità tra tali fatti e la sanzione inflitta, stabilendo se la lesione dell'elemento fiduciario su cui si basa la collaborazione del prestatore di lavoro sia in concreto tale da giustificare o meno la massima sanzione disciplinare». Inoltre, aggiunge la Corte, il giudizio di proporzionalità della sanzione, rimesso al giudice di merito, «si sostanzia nella valutazione della gravità dell'inadempimento imputato al lavoratore [...], dovendo tenersi al riguardo in considerazione la circostanza che tale inadempimento deve essere valutato in senso accentuativo rispetto alla regola generale della “non scarsa importanza” di cui all'art. 1455 c.c., sicché l'irrogazione della massima sanzione disciplinare risulta giustificata soltanto in presenza di un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali (l. n. 604/1966, art. 3) ovvero addirittura tale da non consentire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto»⁵¹.

Ce ne sarebbe abbastanza per dire che la valutazione del giudice di merito si svolge entro la cornice disegnata dalla “trama normativa” del diritto delle obbligazioni e dei contratti (e del contratto di lavoro in particolare: trama della quale fanno ovviamente parte i principi costituzionali), e che la

⁵¹ A margine vale la pena di ricordare che, pur facendo ancora riferimento all'elemento fiduciario come elemento essenziale del rapporto, la Corte afferma che il requisito del venir meno della fiducia non deve essere inteso sotto il profilo soggettivistico (*intuitus fiduciae*: vale a dire la fiducia che un soggetto ha nei confronti di un altro soggetto), bensì sotto il profilo del verificarsi di un presupposto oggettivo, che ponga in luce la mancanza di idoneità del lavoratore a svolgere la propria funzione e che, quindi, sia tale da menomare la fiducia del datore di lavoro nell'esattezza dei successivi adempimenti da parte del lavoratore. Per riferimenti rinvio ancora a Ballestrero 2013a, p. 40 ss.

decisione non richiede un'interpretazione creativa della norma del caso concreto, mediante il ricorso a *standards* valutativi esterni a tale trama normativa. Il che porterebbe (alcuni, me compresa) a concludere nel senso che la giusta causa non rientra nel novero delle c.g.

Ma, come ho segnalato sopra, la Cassazione ha aggiunto alla massima riportata sopra la qualificazione della giusta causa come c.g., il cui significato deve essere specificato in sede interpretativa mediante la valorizzazione anche di parametri derivanti dalla "coscienza generale".

Deriva da questa opzione (in ogni caso opinabile, e in questo caso oltre che poco utile, anche fonte di incertezza superflua) la ricerca di *standards* esterni oggettivi. Sull'argomento si sono spese molte centinaia di pagine nella vasta letteratura sulle c.g., alle quali si può senz'altro fare rinvio, limitandosi ad osservare che la pretesa oggettività degli *standards* non arriva a mettere al riparo da una variabilità delle valutazioni influenzate dalle scelte valoriali del giudicante⁵².

⁵² Mi pare un buon esempio la sentenza Cass. 26 aprile 2012, n. 6498, in *OGI*, 2012, p. 395, nella quale la giusta causa è esplicitamente definita come c.g.: nel caso, il giudice di merito aveva convertito il licenziamento per giusta causa inflitto al dipendente di una banca trovato (il sabato notte) in possesso di droghe (leggere, e in quantità tale da escludere lo spaccio) in licenziamento per giustificato motivo soggettivo, basando la sua valutazione su "fatti notori" (come la distinzione tra uso personale e spaccio, la non pericolosità delle droghe leggere) e ritenendo, su questa base, la condotta del lavoratore non tanto grave da giustificare il licenziamento senza preavviso. La S.C. ha cassato la sentenza di merito, perché ha ritenuto che la valutazione non fosse rispettosa né dei principi giuridici elaborati dalla Corte nella giurisprudenza sulla giusta causa, né di *standard* "di valutazione conformi ai valori dell'ordinamento esistenti nella realtà sociale". Eppure non si può dire che i "fatti notori" ai quali si era riferito il giudice di merito non corrispondessero a visioni correnti nella società e non avessero riscontro nei valori dell'ordinamento; vale la pena di ricordare che, per quanto limitata alla

A dire il vero, il problema della variabilità dei giudizi pare di difficile soluzione: perché se il giudice, anziché restare entro la cornice disegnata dal diritto dei contratti scegliendo all'interno di essa fra i significati possibili (la scelta è discrezionale, ma deve essere argomentata e razionalmente giustificata), deve trovare la giustificazione (esterna, vale a dire relativa alla scelta delle premesse) della propria decisione in valori socialmente diffusi (normale tollerabilità, tipicità sociale, e quant'altro, inclusa la misteriosa "civiltà del lavoro"), non essendo attrezzato per la rilevazione empirica dei comportamenti sociali, finirà inevitabilmente per fondare la decisione su giudizi di valore propri.

4.1 Giusta causa e "tipizzazioni contrattuali": l'illusoria limitazione della discrezionalità del giudice

Della difficoltà di risolvere il problema segnalato sopra sembra essere consapevole il legislatore, il quale, dopo avere maldestramente tentato di imporre ai giudici di usare le c.g. come se non fossero tali, ha tentato di mettere comunque un freno alla discrezionalità del giudice, valorizzando come *standards* le tipizzazioni contrattuali (collettive, ma anche individuali, se certificate) delle sanzioni disciplinari (delle quali fanno "ontologicamente" parte i licenziamenti per giustificato motivo soggettivo e per giusta causa, ordinariamente detti appunto licenziamenti disciplinari).

questione formale relativa alla legge di conversione del decreto Fini-Giovanardi, la sentenza C. cost. n. 32/2014 segnala come la scelta di unificare (anziché tenere distinto, come nella legislazione previgente) il regime giuridico delle droghe leggere e pesanti coinvolga «delicate scelte di natura politica, giuridica e scientifica».

Il tentativo ha conosciuto due fasi: nella prima, più blanda, le tipizzazioni contrattuali erano indicate al giudice come parametri di cui “tener conto” (art. 30, l. n. 183/2010, comma 3)⁵³; nella seconda (c.d. riforma Fornero: l. n. 92/2012, art. 1, comma 42, lett. b) il legislatore ne prefigura il carattere di parametri vincolanti.

Il primo tentativo, con il quale certamente il legislatore intendeva valorizzare le valutazioni espresse dall'autonomia collettiva come *standards* sui quali il giudice avrebbe dovuto basare la propria decisione in ordine alla sussistenza o meno della giusta causa, evitava di entrare in rotta di collisione con l'orientamento giurisprudenziale prevalente, in base al quale il giudice non è vincolato, nella propria decisione, ad attenersi a quanto previsto dal contratto collettivo, stante l'inderogabilità della disciplina legale dei licenziamenti (di cui fa parte la nozione legale di giusta causa) e «in ossequio al principio generale di ragionevolezza e proporzionalità»⁵⁴.

Questo orientamento lascia aperto il problema di quali siano gli *standards* sui quali il giudice basa il giudizio di proporzionalità. Non c'è dubbio che, stante il disposto

⁵³ Art. 30, comma 3: «Nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni [...]». Osserva giustamente Bellomo 2014, p. 59, che il riferimento al contratto individuale certificato non significa (alla luce degli artt. 2106 c.c. e 7 st. lav.) attribuzione all'autonomia individuale del potere di modificare in senso peggiorativo le tipizzazioni contenute nel contratto collettivo, «potendosi limitare a recepirle ovvero a prevedere un trattamento di miglior favore per il lavoratore».

⁵⁴ Così, *ex multis*, Cass. 26 aprile 2012, n. 6498, cit.

dell'art. 30, le valutazioni espresse dall'autonomia collettiva in ordine alla gravità degli inadempimenti del lavoratore costituiscano parametri di riferimento valorizzati dalla legge; tuttavia queste valutazioni da un lato sono per lo più insufficienti (le previsioni dei contratti collettivi sono spesso troppo generiche perché il caso di specie possa rientrarvi con sicurezza), d'altro lato non sono esaustive, sia nel senso che di frequente la fattispecie concreta non è prevista nel codice disciplinare, sia nel senso che talora la previsione contrattuale rinvia all'interprete la valutazione in ordine all'applicazione della sanzione conservativa o espulsiva in ragione della gravità dell'infrazione⁵⁵. In ogni caso – ha detto sin qui la S.C. – anche a fronte di una specifica previsione contrattuale, la valutazione del giudice non potrà prescindere da quella graduazione della rilevanza dell'inadempimento (di non scarsa importanza, notevole, tanto grave da non consentire la prosecuzione del rapporto) messa in evidenza dalla giurisprudenza richiamata sopra: una graduazione che non chiama in causa né il senso comune, né la coscienza sociale, ma la logica dei rapporti obbligatori e il bilanciamento, al suo interno, tra interessi in conflitto. Il giudizio di proporzionalità rimesso al giudice di merito, per intenderci, si basa su *standards* interni all'ordinamento giuridico.

La seconda fase del tentativo di limitare la discrezionalità del giudice è assai meno blanda della precedente. Come è noto, nel riformulare l'art. 18 st. lav. (l. n. 92/2012, art. 1,

⁵⁵ V. ad esempio Trib. Monza, ord. 19 febbraio 2014. Nel caso (esercizio scorretto del diritto di critica), il contratto collettivo prevedeva la sanzione conservativa per gli atti di insubordinazione lieve, e il licenziamento per l'insubordinazione grave: il giudice ha valutato l'esercizio scorretto del diritto di critica una insubordinazione non tanto grave da integrare la giusta causa, ha quindi annullato il licenziamento e ordinato la reintegrazione.

comma 42, lett. b) il legislatore ha infatti previsto che il giudice possa annullare il licenziamento motivato per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa (e ordinare la reintegrazione del lavoratore) solo se il fatto addotto dal datore di lavoro non sussiste, ovvero se il fatto addotto è punito dal codice disciplinare con una sanzione conservativa (art. 18, comma 4, st. lav.)⁵⁶.

Almeno ai fini della decisione sulla validità del licenziamento, le “tipizzazioni” del codice disciplinare sembrano aver assunto carattere vincolante: del resto il legislatore ha volutamente ommesso ogni riferimento all’art. 2106 c.c., nell’intento di escludere che il giudice possa valutare l’adeguatezza della sanzione espulsiva sulla base di un giudizio di proporzionalità svincolato dalle previsioni contrattuali.

Questo nuovo intervento del legislatore potrebbe allora orientare la giurisprudenza diversamente dal passato: tuttavia, anche se le idee allo stato sono tutt’altro che chiare⁵⁷, l’orientamento a mio avviso non dovrebbe mutare.

⁵⁶ La parte del comma 4 che qui interessa è la seguente: il giudice, ove accerti «che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili», annulla il licenziamento e ordina al datore di lavoro la reintegrazione del lavoratore nel posto (tutela reintegratoria ridotta).

⁵⁷ Riepiloga efficacemente lo stato confusionale in cui versano gli interpreti Rivero 2013 (le soluzioni proposte dall’A. lasciano tuttavia aperti molti interrogativi). Un esempio della confusione in ordine al giudizio di proporzionalità a fronte di sanzioni “tipizzate” dal contratto collettivo è fornito da Trib. Milano, ord. 28 gennaio 2013, in *RIDL*, 2013, II, p. 769, nota di Borzaga. Nel caso, infatti, il contratto collettivo applicabile non conteneva una tipizzazione delle condotte sanzionabili con il licenziamento, ma il giudice trae argomento dalle previsioni contrattuali (nella specie inutilizzabili) per suffragare le proprie conclusioni in ordine

Benché la formulazione letterale della disposizione anzidetta possa legittimare la convinzione che il carattere vincolante delle tipizzazioni contrattuali sia sancito dalla legge, le ragioni per le quali la Cassazione ha sin qui più volte ribadito che il giudice non è vincolato ad attenersi alle previsioni contrattuali continuano ad opporsi ad una lettura in tal senso dell'art. 18, comma 4.

Il legislatore ha certamente prescritto al giudice di fare riferimento agli *standards* contrattuali, e la prescrizione è più pregnante di quella di “tenerne conto” contenuta nell'art. 30 del Collegato lavoro; ma la prescrizione non riesce a spingersi oltre. Restano infatti da considerare due diversi elementi.

Il primo attiene alla qualità delle tipizzazioni contrattuali: come ho appena detto, le previsioni dei contratti collettivi risultano per lo più difficilmente utilizzabili, ovvero sono formulate in modo tale da lasciare al giudice un ampio margine di valutazione discrezionale (e la giurisprudenza sull'art. 18, comma 4, ne fornisce ampia testimonianza)⁵⁸.

Il secondo elemento attiene proprio alla regola della proporzionalità tra infrazione addebitata al lavoratore e licenziamento. L'intenzionale mancato richiamo all'art. 2106

all'illegittimità del licenziamento. Diversamente Trib. Voghera, ord. 14 marzo 2013: anche in questo caso la condotta accertata non era riconducibile ad alcuna fattispecie di illecito disciplinare prevista dal contratto collettivo, e d'altra parte, secondo il giudice, non sussistevano gli estremi della giusta causa; ma anziché concludere nel senso della invalidità del licenziamento, il giudice fa rientrare la fattispecie nelle “altre ipotesi” di cui all'art. 18, comma 5, e condanna il datore al pagamento dell'indennità risarcitoria di 12 mensilità di retribuzione.

⁵⁸ Per un riepilogo della giurisprudenza in materia Santini 2013, secondo cui i giudici stanno cercando tutte le strade possibili per continuare ad annullare i licenziamenti ingiustificati e applicare la sanzione reintegratoria. Il che mi pare vero: ma, tenuto conto della difettosa formulazione dell'art. 18, comma 4, non merita il giudizio negativo dell'A.

c.c. non oblitera questa regola, che costituisce il portato di un principio generale (proprio altresì del diritto dell'Ue, e ribadito più volte dalla Corte di Giustizia) in materia di sanzioni: dunque spetterà ancora al giudice (tenuto ad applicare la legge) valutare la proporzionalità della sanzione del licenziamento all'infrazione, alla luce delle nozioni legali di giusta causa e giustificato motivo soggettivo⁵⁹. E queste nozioni non sono state modificate dalla nuova legge⁶⁰.

⁵⁹ Sul punto cfr. Bellomo 2014, p. 85 ss. L'A. parte da una definizione ampia di c.g., che include anche la "norma elastica", come norma di rinvio a parametri sociali al di fuori delle fonti in senso formale, tra i quali assumono rilevanza i sistemi extralegali (e, nel diritto del lavoro, rilevanza presuntivamente prioritaria la contrattazione collettiva). Ciò premesso, definisce la giusta causa come c.g. (norma di rinvio a *standard* extralegali), e per questa via arriva ad escludere che il giudice possa sovrapporre una nozione legale di giusta causa (da lui espressa) alla lettura della c.g. operata dalla contrattazione collettiva. La scelta a favore della confusione tra c.g. e norme elastiche si rivela così funzionale all'attribuzione del carattere vincolante (o quanto meno prioritario) alle tipizzazioni contrattuali degli illeciti disciplinari, nelle quali sarebbe già assorbito un giudizio di proporzionalità tra infrazione e sanzione "oggettivamente" collegato alla realtà sociale. A conclusioni opposte arriva Campanella 2014, p. 41 ss., che partendo dalla distinzione mengoniana tra c.g. e norme generali o elastiche, qualifica la giusta causa come norma generale, e conclude nel senso che «l'organo giudiziario ha pur sempre di fronte una norma giuridica completa, cioè dotata di una propria autonoma fattispecie, per quanto "generale" o "elastica", sicché, dovendo semplicemente applicarla, *alias* sussumervi una serie aperta e indefinita di casi concreti, potrà tener conto degli standards sociali, se coerenti con il patrimonio dei dati offerti dal legislatore per la ricerca della decisione, ma non necessariamente dovrà conformarvisi» (p. 45).

⁶⁰ Come ho cercato di chiarire altrove (Ballestrero 2013a, p. 127 ss.), è vero che la graduazione dei regimi sanzionatori dei licenziamenti disciplinari ingiustificati introdotta con la riformulazione dell'art. 18, comma 4, st. lav., si riflette necessariamente sui presupposti, cioè sulle giustificazioni addotte (graduazione della inadeguatezza della giustificazione); da questo non deriva tuttavia che il licenziamento possa essere intimato (e produrre l'effetto estintivo del rapporto) per cause diverse da quelle (tipiche) previste dall'art. 2119 c.c. e dall'art. 3, l. n. 604/1966. Almeno sotto questo aspetto, la disciplina legale dei licenziamenti resta inderogabile. Questa osservazione è suggerita dalla

Di conseguenza, ove la fattispecie concreta sia specificamente prevista dal codice disciplinare che ne prevede la sanzionabilità con il licenziamento con o senza preavviso, così come nel caso in cui la fattispecie concreta sia prevista dal codice disciplinare e sanzionata con sanzione conservativa, il giudice potrà ritenere soddisfatto il giudizio di proporzionalità, giudicando il licenziamento rispettivamente giustificato o ingiustificato: sempre che la previsione contrattuale non risulti in evidente contrasto con i principi giuridici elaborati dalla S.C. nella giurisprudenza su giusta causa e giustificato motivo soggettivo in ordine alla graduazione degli inadempimenti rilevanti a fini di risoluzione del rapporto di lavoro. Al di fuori di queste ipotesi, nei frequenti casi in cui o la fattispecie non è prevista, oppure è prevista in modo generico, il giudice procederà valutando la proporzionalità della sanzione alla gravità dell'inadempimento (da notevole a grave o gravissimo) rilevante a fini di estinzione del rapporto, utilizzando gli *standards* di cui ho detto sopra.

In conclusione: l'azione di contrasto verso le c.g. si rivela alla fine tanto illusoria quanto inefficiente. Specie quando è mirata su un obiettivo sbagliato.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Ballestrero M.V. (2009), *Perturbazione in arrivo. I licenziamenti nel d.d.l. 1167*, in *LD*, p. 3.

Ballestrero M.V. (2013a), *sub Artt. 2118-2119*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli,

lettura dell'ordinanza Trib. Genova 11 aprile 2013, in *RIDL*, 2013, II, p. 185, nota di Donini, *Violazione della regola di buona fede e correttezza: verso un'autonoma efficacia estintiva del rapporto?*

Dell'impresa e del lavoro, a cura di O. Cagnasso e A. Vallebona, artt. 2118-2187, Milanofiori Assago: Utet Giuridica, p. 3.

Ballestrero M.V. (2013b), *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Una rilettura della giurisprudenza della Cassazione alla luce della riforma dell'art. 18 st. lav.*, in *LD*, p. 559.

Bellomo S. (2014), *Autonomia collettiva e clausole generali*, *Relazione alle Giornate di studio Aidlass 2014*, testo provvisorio, consultabile in www.aidlass.it.

Belvedere A. (1988), *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *PD*, p. 631.

Benassi G. (2012), *Clausole generali e giudice del lavoro: l'art. 30, primo comma, della legge n. 183 del 2010*, in *ADL*, p. 91.

Breccia U. (2007), *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *LD*, p. 443.

Campanella P. (2014), *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, *Relazione alle Giornate di studio Aidlass 2014*, testo provvisorio, consultabile in www.aidlass.it.

Carinci M.T. (2011), *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, Napoli: Jovene, vol. II, p. 787.

Carinci M.T. (2012), *sub art. 30*, in Nogler L., Marinelli M., *La riforma del mercato del lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, Milanofiori Assago: Utet giuridica, p. 216.

Castronovo C. (1986), *L'avventura delle clausole generali*, in *RCDP*, p. 21.

Chiassoni P. (2011), *Le clausole generali tra teoria analitica e dogmatica giuridica*, in Rescigno P. (a cura di), *Le clausole generali nel diritto privato*, in *GI*, p. 1692.

D'Amico G. (2011), *Clausole generali e controllo del giudice*, in Rescigno P. (a cura di), *Le clausole generali nel diritto privato*, in *GI*, p. 1704.

Denozza F. (2011), *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in *RCDP*, p. 379.

Fabiani E. (1999), *Sindacato della Corte di cassazione sulle norme elastiche e giusta causa di licenziamento*, nota a Cass. 18 gennaio 1999, n. 434, e Cass. 22 ottobre 1998, n. 10514, in *FI*, I, c. 1891.

Fabiani E. (2012), voce *Clausola generale*, in *Enc. dir., Annali V*, Milano: Giuffrè, p. 183.

Falzea A. (1987), *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *RDC*, I, p. 1.

Ferraro G. (2011), *Il controllo giudiziario sui poteri dell'imprenditore*, in Cinelli M., Ferraro G. (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, Torino: Giappichelli, p. 3.

Guastini R. (2011), *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano: Giuffrè.

Guastini R. (2013), *Distinguendo ancora*, Madrid: Marcial Pons.

Libertini M. (2011), *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *RCDP*, 345.

Loy G. (2014), *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile nella prospettiva del datore di lavoro*, Relazione alle

Giornate di studio Aidlass 2014, testo provvisorio, consultabile in www.aidlass.it.

Luzzati C. (2013), *La “normalizzazione” delle clausole generali. Dalla semantica alla pragmatica*, in *RCDP*, p. 163.

Mengoni L. (1986), *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *RCDP*, p. 5.

Nogler L. (2011), *Opinioni sul “collegato lavoro”*, in *DLRI*, p. 124.

Nogler L. (2014), *L’interpretazione giudiziale del diritto del lavoro*, in *RIDL*, I, p. 115.

Pedrini F. (2013), *Le “clausole generali”. Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna: Bup.

Persiani M. (1995a), *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, in *DL*, I, p. 135.

Persiani M. (1995b), *Diritto del lavoro e razionalità*, in *ADL*, p. 1.

Perulli A. (2005), *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *DLRI*, p. 1.

Perulli A. (2013), *Il ruolo e le prerogative del giudice nella conciliazione giudiziale, certificazione dei contratti di lavoro e controllo dei poteri dell’imprenditore*, in Perulli A., Fiorillo L. (a cura di), *Il nuovo diritto del lavoro*, vol. III, Torino: Giappichelli, p. 256.

Rescigno P. (1998), *Appunti sulle “clausole generali”*, in *RDComm.*, I, p. 1.

Rescigno P. (2011a) (a cura di), *Le clausole generali nel diritto privato*, in *GI*, p. 1689.

Rescigno P. (2011b), *Una nuova stagione per le clausole generali*, in *GI*, p. 1689.

Riverso R. (2013), *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*, in *RIDL*, I, p. 961.

Rodotà S. (1987), *Il tempo delle clausole generali*, in *RCDP*, p. 709.

Rodotà S. (1998), *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, in Cabella L., Nanni L. (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova: Cedam, p. 39.

Roselli F. (1983), *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli: Jovene.

Santini F. (2013), *La nuova disciplina dei licenziamenti nella giurisprudenza di merito*, in *DRI*, p. 1005.

Scarpelli U. (1962), *Filosofia analitica, norme e valori*, Milano: Comunità.

Taruffo M. (1989), *La giustificazione delle decisioni basate su standards*, in Comanducci P., Guastini R. (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, Torino: Giappichelli, p. 311.

Tiraboschi M. (2011), *Clausole generali, onere della prova, ruolo del giudice*, in Proia G., Tiraboschi M. (a cura di), *La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro. Commentario alla legge 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. Collegato lavoro)*, Milano: Giuffrè, p. 37.

Tullini P. (1990), *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Rimini: Maggioli.

Velluzzi V. (2010), *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano: Giuffrè.

Zoli C. (1988), *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore. Dagli interessi legittimi alle clausole generali*, Milano: Giuffrè.

Las transformaciones en las técnicas de actuación de la Administración laboral

The Transformation in the Techniques of Performance of Labour Administration

*Jesús Cruz Villalón**

TEMAS LABORALES

Volume 2014, issue 125, pp. 13-51

1 LA TRADICIONAL INTENSA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL SISTEMA ESPAÑOL

Uno de los rasgos diferenciales más significativos entre los diversos sistemas de relaciones laborales se encuentra en el protagonismo más o menos intenso atribuido a la Administración laboral en el desarrollo de las mismas, así como en las finalidades para las que se contempla su intervención. A estos efectos, podemos encontrar sistemas nacionales que se sitúan en las antípodas los unos respecto de los otros.

Así, de un lado, para cierto tipo de culturas laborales se considera que la Administración no debe desempeñar funciones significativas en el desarrollo de las relaciones laborales, por cuanto que éstas se sitúan en el ámbito estricto del desarrollo de los intereses privados, tanto nos enfrentemos al ámbito de lo individual como de lo colectivo. Como referente principal de este primer tipo se suelen encontrar los países de impronta anglosajona, donde domina un

* Director de la Revista Temas Laborales - Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Universidad de Sevilla

pensamiento de carácter liberal en el diseño de las relaciones laborales, de modo que a los poderes públicos a lo más se les concibe como poder legislativo que asumen el establecimiento del marco normativo de las relaciones laborales, pero sin contemplación de una sucesiva intervención de la Administración laboral en la fase sucesiva de aplicación de dicha regulación.

Por contraste a ello, se identifican otros regímenes donde se observa una muy amplia atribución de funciones a la Administración laboral, a partir de la consideración de que en el desarrollo de las relaciones laborales se ponen en juego determinados intereses respecto de los cuales se considera que el poder público debe actuar de manera directa para influir sobre el propio devenir de las relaciones laborales, desplegando un seguimiento de las mismas bien lo sea a nivel macro o a nivel micro, incluso a ambos al propio tiempo. Eso sí, mientras que la primera de las posiciones, la de impronta anglosajona, puede identificarse con bastante nitidez en cuanto a sus contornos y filosofía política que la determina, mucho más compleja resulta la identificación de la segunda de ellas, por cuanto que esta otra responde a claves culturales muy diversas, de modo que no se pueden integrar todas ellas conforme a las mismas explicaciones y mucho menos a idénticos principios informadores. Los fundamentos en estos casos del intervencionismo administrativo pueden ser de lo más dispares, al extremo que no cabe agrupar a todos estos casos bajo un modelo común ni bajo una similar cultura jurídica, bastando con indicar que en unos casos responden a parámetros claramente autoritarios mientras que en otros se presentan plenamente compatibles con un modelo democrático de relaciones laborales. Por ello mismo, desde la intensidad de la intervención hasta la finalidad de la misma, pasando por las técnicas de actuación, resultan bien dispares, cuando no marcadamente opuestas y contradictorias.

Sin la más mínima duda el caso español resulta prototípico de un modelo donde la intervención administrativa se corresponde con la segunda de las variantes, presentando un destacado protagonismo de la autoridad laboral en facetas bien variadas de las relaciones

laborales, tanto a nivel individual como colectivo ¹. Esa caracterización del caso español se encuentra presente desde sus orígenes a principios del siglo pasado, como seña de identidad propia de las relaciones laborales entre nosotros y muy claramente asentada en la cultura tanto de los trabajadores y empresarios, como de las organizaciones sindicales y empresariales, incluyendo por supuesto también a la propia forma de comportarse la Administración Pública en sus diversos niveles. Puede afirmarse que la intervención de la Administración laboral en las relaciones laborales se presenta muy intensa en países como el nuestro que han tomado al sistema napoleónico francés como modelo de estructuración de los poderes públicos.

Se trata de sistemas en los que está presente un fuerte armazón de cuerpo normativo estatal, que asume un papel muy incisivo en la regulación de condiciones de trabajo. En correspondencia con ello, se da por supuesto que la fase subsiguiente aplicativa de esas normas ha de estar igualmente protagonizada por el poder público, en este caso por el poder ejecutivo en su labor de garantizar el efectivo cumplimiento de la norma estatal. De otro lado, se sobreentiende que tras el cumplimiento de las normas de derecho necesario propias de la legislación laboral está presente la atención a intereses generales de la comunidad, de modo que desde esta otra perspectiva relativa a los intereses en juego es igualmente la Administración laboral como instancia estatal la llamada a garantizarlos en la práctica, no pudiendo jugar el mero principio dispositivo y la mera remisión a la actuación judicial a instancias de parte. En particular, el carácter tuitivo, seña de identidad del Derecho del Trabajo, requiere de la incorporación de canales instrumentales de exigencia de su cumplimiento, por lo que se refuerza la justificación de la intervención administrativa de vigilancia y control del cumplimiento de la legislación laboral.

Eso sí, conviene precisar inmediatamente a continuación, que esa seña de identidad, presente en todas las fases históricas, políticas

¹ Por todos, Mercader Uguina, J. y Tolosa Tribiño, C., *Derecho Administrativo Laboral*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2004.

y económicas de evolución de nuestro país, no supone en modo alguno continuidad, estabilidad o identidad del modelo a lo largo del tiempo. Por el contrario, resulta manifiesta la influencia de los diversos modelos históricos de relaciones laborales, de las diversas culturas políticas que se han sucedido en el tiempo sobre la evolución del intervencionismo administrativo sobre las relaciones laborales.

Sin retrotraernos mucho en el tiempo y sin necesidad de entrar en un análisis histórico detallado, cabe desatacar cómo el grado máximo de intervencionismo y de control público en las relaciones laborales se produjo durante el régimen franquista, donde el poder ejecutivo tenía un papel omnipresente y cuasi absoluto de condicionamiento de todas las relaciones laborales. Ello se produce a resultas de un sistema político autoritario y corporativo, que fomenta y ampara cualquier tipo de intervencionismo administrativo, que provoca esa sofocante actuación esencialmente política de la autoridad laboral sobre todos los ámbitos de lo laboral.

Naturalmente, esa cultura política será superada a partir de la construcción del modelo democrático de relaciones laborales, lo que obligará a repensar y rediseñar el rol de la autoridad laboral en nuestro modelo de relaciones laborales. Deberá reconstruirse, a partir de la circunstancia de que, de un lado, los fundamentos del modelo democrático laboral se presentan de todo punto incompatibles con facultades precedentes de la autoridad laboral durante el régimen franquista; pero al propio tiempo, de otro lado, sobre la premisa de que el modelo de Estado social y democrático de derecho instaurado por la Constitución Española de 1978 supone el rechazo de un modelo laboral de corte anglosajón, en el que, en las antípodas del modelo precedente, no quepa protagonismo alguno de la Administración laboral. Se concibe, pues, el mantenimiento de la presencia de competencias y facultades jurídicas relevantes por parte de la autoridad laboral, pero con una lógica y funcionalidad bien diversa a la precedente. Así, desde la primera perspectiva, se deberá proceder al desmontaje del sistema precedente, que implicará un imprescindible repliegue del intervencionismo administrativo, si bien

por verificarse ese proceso de transformación por los canales propios de una transición política suave en clave reformista, ese desmontaje será lento y no siempre se abandonarán ciertas prácticas o culturas ancladas en el pasado. Al propio tiempo, desde la segunda de las perspectivas, el otorgamiento de un papel influyente a la Administración en ciertas esferas de la gestión del mercado de trabajo y de las relaciones laborales, que conducirá a la necesidad de remodelar con otro sesgo el papel de la autoridad laboral, lo que implicará diferentes intensidades de actuación, pero también y sobre todo --algo que pasa más inadvertido-- distintas técnicas jurídicas de actuación. Dicho de otro modo, lo más significativo y destacable reside en el hecho de que la nueva orientación y el nuevo rol asignado a la autoridad laboral sobre las relaciones laborales inciden no tanto en las materias o instituciones sobre las que se interviene cuanto el método o los procedimientos conforme a los cuales se actúa.

Todo lo anterior, a su vez, viene contextualizado dentro de un proceso paralelo de profunda transformación del sistema económico general, donde se instauran formas de organización del trabajo y de concurrencia mercantil entre las empresas que vienen a requerir dosis superiores de flexibilidad en las relaciones laborales, al tiempo que se extiende un modelo de economía globalizada basada en parámetros manifiestamente diversos a los que venían imperando en el pasado. Todo lo anterior obliga a la Administración laboral a desenvolverse dentro de un panorama muchos más complejo y, en ocasiones, donde se manifiestan superiores dificultades para actuar con efectividad en su funciones administrativas de intervención en las relaciones laborales.

A pesar de todo ello, el actual modelo español de relaciones laborales se sigue sustentando sobre la base de un llamamiento a un intervencionismo relevante de la autoridad laboral, si bien lo sea bajo técnicas o métodos de actuación diferenciados. Un llamamiento que pervive en base a circunstancias plurales y a referentes jurídicos muy variados. Entre ellos cabe destacar los siguientes: concretos mandatos constitucionales dirigidos a los poderes públicos para modular el desarrollo del mercado de trabajo,

que no se ciñen exclusivamente al poder legislativo por vía de regulación del régimen laboral sino que también incluyen mandatos que implican a la Administración laboral; previsiones internacionales de otorgamiento de funciones relevantes a la Administración en muy diversos campos de lo laboral, donde especialmente destacan importantes Convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por España²; diseño de las políticas públicas, tanto en el ámbito económico general como laboral específico, por parte de las instituciones europeas, que implican de manera directa o indirecta, llamamiento a la actuación de los poderes ejecutivos de los Estados miembros; incursión del desarrollo de las relaciones laborales en ámbitos que implican afectación a los intereses generales de la comunidad que trascienden el simple conflicto de intereses particulares entre trabajadores y empresarios, lo que apela a una necesaria intervención de nuevo por parte de la autoridad laboral; implementación de un modelo de Estado social que presupone la gestión de cierto tipo de servicios públicos que necesariamente deben ser administrados o tutelados por parte de la Administración Pública, etc.

En definitiva, son muy diversas y variadas las circunstancias que determinan al propio tiempo una pervivencia del protagonismo de la Administración laboral, pero al propio tiempo con una cualitativa transformación en sus ámbitos y métodos de actuación.

A partir de aquí pretendemos efectuar una descripción de cuáles son las manifestaciones más destacadas de esas transformaciones verificadas en las últimas décadas, particularmente en los últimos años, en nuestro modelo de intervencionismo administrativo. En

² Entre otros, Convenio nº 81, sobre la Inspección de Trabajo, ratificado por España el 30 de mayo de 1960. Convenio nº 122 sobre la política de empleo, ratificado por España el 28 de diciembre de 1970. Convenio nº 150 sobre la Administración del trabajo, ratificado por España el 3 de marzo de 1982. Convenio nº 173, sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, ratificado por España el 16 de mayo de 1995. Convenio nº 181, sobre agencias de empleo privada, ratificado por España el 15 de junio de 1999. Protocolo de 1995, relativo al Convenio sobre la Inspección de Trabajo.

muchas ocasiones las diversas concretas reformas o modificaciones de ese intervencionismo responden a causas plurales, acumuladas por influencia de factores variados; no obstante, por razones sistemáticas y de cierta ordenación lógica vamos a efectuar un análisis secuencial de las diversas causas determinantes de tales transformaciones, eso sí con la necesaria advertencia de que algunos de los ejemplos que mencionaremos como manifestación de cambios que encuentran su razón de ser en una concreta causa pueden explicarse igualmente como derivados de otras de las causas que analizaremos a continuación.

2 ESTADO DE DERECHO Y SEPARACION DE PODERES

Retrotrayéndonos en el tiempo, una de las características del régimen franquista precedente se encontraba en la muy escasa separación de poderes propia de cualquier Estado autoritario.

Ello, en primer lugar, se concretaba entre otras cosas en un desbordamiento de la actuación de la Administración laboral, asumiendo funciones propias del poder legislativo, incluso canalizando a través de disposiciones de rango reglamentario regulaciones que en otros modelos corresponderían acometer por medio de normas con rango de Ley. Como es obvio, el establecimiento a través del texto constitucional de unos esquemas propios de un Estado de Derecho basado en la separación de poderes, comportó un primer repliegue de la intervención de la Administración en el terreno de lo normativo a favor de poder legislativo. En particular, ello supuso la previsión de una amplia reserva normativa a favor de normas con rango de Ley, con correlativa reducción del espacio de actuación propio del Reglamento administrativo. En particular, ello quedaba especialmente blindado por lo que afectaba a las materias reservadas a Ley Orgánica, así como al régimen presupuestario público. No obstante, el modelo finalmente instaurado no resulta plenamente ortodoxo, conforme a un modelo riguroso de separación de poderes desde esta perspectiva, derivado ello de dos

circunstancias no menores. De un lado, por cuanto que con el paso del tiempo se ha verificado un uso abusivo del instrumento del Real Decreto-Ley, que se ha utilizado para situaciones que cuando menos son bien discutibles respecto del cumplimiento del requisito de la extraordinaria y urgente necesidad exigido constitucionalmente (art. 86.1 CE), lo que no ha dejado de provocar ciertos vaivenes y contradicciones por parte de la jurisprudencia constitucional. Sin entrar en mayores detalles, baste recordar que mientras que nuestro Tribunal Constitucional anuló el Real Decreto-Ley de la reforma sobre protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad de 2002³, sin embargo, recientemente ha avalado el sucesivo Real Decreto-Ley de la reforma del mercado laboral 2012⁴. De otro lado, por cuanto que la normativa legal, a pesar de la genérica declaración del carácter meramente técnico de los reglamentos laborales, en ocasiones habilita al ejecutivo a aprobar regulaciones reglamentarias que establezcan condiciones de trabajo distintas a las propias legales, incluso a veces aprobándose típicos reglamentos autónomos⁵.

En segundo lugar, la escasa separación de poderes durante el franquismo condujo a una actuación por parte de la Administración laboral que respondía a los perfiles definitorios de una típica actuación jurisdiccional, resolviendo concretos conflictos jurídicos y, por tanto, invadiendo terrenos que en un Estado de Derecho han de corresponder en exclusiva a los Juzgados y Tribunales del orden social. Ello, igualmente, derivó en un repliegue del intervencionismo administrativo, ahora a favor de la jurisdicción social, en asuntos claves como han sido a mero título de ejemplo los relativos a las reclamaciones en materia de clasificación profesional, de declaración de puestos penosos o peligrosos; aunque igualmente, perviviendo ciertas dudas sobre si aún quedan flecos de esta

³ STC 68/2007, de 28 de marzo (BOE 26 de abril).

⁴ ATC 43/2014, de 12 de febrero (BOE 11 de marzo).

⁵ Valdés Dal-Ré, F., La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral, REDC nº 26 (1989). García Murcia, J., La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 1994.

naturaleza que igualmente deberían desaparecer, como sería el caso marginal de las reclamaciones frente al uso de los locales y tablones de anuncios por parte de los representantes de los trabajadores en la empresa (art. 81 ET). En todo caso, la invasión más intensa en este terreno se producía durante el régimen político precedente a resultas del desgajamiento de la jurisdicción laboral del resto de los órdenes jurisdiccionales, con una correlativa dependencia orgánica de los Juzgados y Tribunales Laborales respecto del Ministerio de Trabajo, al extremo de que la autoridad política intervenía de manera directa en la designación de los miembros de los órganos judiciales laborales; fórmula que obviamente desapareció por completo apenas instaurado el régimen democrático.

Por lo demás, conviene advertir que en nuestro sistema tampoco es concebible una construcción pura conforme a los clásicos del principio de separación de poderes, que no es totalmente radical en nuestro modelo constitucional, en particular, conviene resaltar cómo la atribución a la Administración de facultades punitivas rompería con un modelo puramente ortodoxo del principio de división de poderes. Llevado hasta sus últimos extremos el principio de división de poderes, el ejercicio de las facultades sancionadoras públicas habría de estar encomendado en exclusiva al poder judicial, detrayéndolo por completo del ámbito del poder ejecutivo. No obstante, ello conduciría a un absurdo, en la medida en que haría inviable de todo punto la capacidad inspectora de la Administración Pública, en orden a desarrollar con efectividad la función de vigilancia y control, ésta sí típica del poder ejecutivo; cualquier labor de vigilancia y control que se pretenda real debe venir acompañada de la potestad sancionadora. Por esta razón, el principio de división de poderes no está necesariamente reñido con la incorporación de importantes facultades de la autoridad laboral en el ejercicio de la potestad sancionadora, a quien se le asigna un papel a veces tan incisivo por lo que refiere a su capacidad de modulación de las conductas sociales como el de la sanción penal; sin perjuicio, todo ello, de mantener la primacía y preferencia de la intervención del juez penal frente a la Administración sancionadora. Esa es la línea que sigue nuestra propia Constitución, que expresamente reconoce

la potestad sancionadora de la Administración (art. 25 CE), de un lado cuando refiere el principio de legalidad no sólo respecto de los delitos y faltas sino también respecto de las “infracciones administrativas” (art. 25.1 CE); de otro lado, cuando al prohibir que la Administración imponga sanciones que impliquen privación de libertad, a sensu contrario está presuponiendo la capacidad de imposición de otro tipos de sanciones (art. 25.3 CE). Nuestro propio Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de sacar las debidas consecuencias de tal reconocimiento constitucional⁶.

Por otra parte, y como contrapunto al repliegue administrativo a resultas de un más fiel respeto al principio de separación de poderes, va emergiendo una nueva función encomendada a la Administración laboral, que progresivamente va adquiriendo una presencia bastante notable y con múltiples manifestaciones. Se trata de regulaciones que contemplan mecanismos de colaboración entre la Administración Pública y el poder judicial, que suelen tener expresiones de doble dirección: colaboración de la autoridad laboral con el ejercicio de la actividad jurisdiccional por parte de los Jueces y Tribunales laborales, así como colaboración del orden social de la jurisdicción con las competencias que corresponden a la autoridad laboral.

En la primera dirección nos referimos al fenómeno de que, con expresión de pleno respecto por parte del poder ejecutivo al ámbito de actuación propio de la jurisdicción laboral, se le va encomendando a la Administración laboral todo un conjunto de labores de apoyo a los Juzgados y Tribunales laborales, siempre con escrupuloso respeto a la autonomía de actuación que ha de corresponder al poder judicial y, por ende, sin que el ejercicio de tales funciones pueda en ningún caso suponer una injerencia ni siquiera condicionamiento indirecto en la plena independencia judicial.

En unos casos, se trata de actuaciones de la autoridad laboral como notificadores al orden social de la jurisdicción de posibles conductas

⁶ STC 77/1983, de 3 de octubre.

irregulares o ilegales, en términos tales que la Administración laboral procede a provocar la iniciación de oficio del correspondiente proceso laboral. Los supuestos previstos legalmente en los que se prevé esta competencia de oficio a favor de la autoridad laboral son los siguientes⁷:

- a) las certificaciones de las resoluciones firmes que dicte la autoridad laboral derivadas de las actas de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en las que se aprecien perjuicios económicos para los trabajadores afectados;
- b) los acuerdos de la autoridad laboral competente, cuando ésta apreciara fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos de suspensión, reducción de la jornada o extinción de carácter colectivo previsto en los artículos 47 y 51 del Estatuto de los Trabajadores;
- c) las actas de infracción o comunicaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acerca de la constatación de una discriminación por razón de sexo y en las que se recojan las bases de los perjuicios estimados para el trabajador, a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente, así como consecuencia de las correspondientes comunicaciones y a los mismos efectos en los supuestos de discriminación por razón de origen racial o étnico, religión y convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual u otros legalmente previstos;
- d) las comunicaciones de la autoridad laboral cuando cualquier acta de infracción o de liquidación levantada por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, relativa a las materias de Seguridad Social excluidas del conocimiento del orden social, haya sido impugnada por el sujeto responsable con base en alegaciones y pruebas que, a juicio de la autoridad laboral, puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora;
- e) impugnación de convenios colectivos por ilegalidad o lesividad;
- f) iniciación de oficio de los procesos de conflicto colectivo a

⁷ Arts. 148, 163, 158 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

instancias de las representaciones de los trabajadores y empresariales legitimadas para interponer la demanda directamente.

Se trata de una actuación provocada sobre la premisa de interpretar que en la presunta ilegalidad concurren razones de orden público, lo que supone que están en juego intereses generales de la comunidad que justifican un control de la legalidad de oficio. Por asimilación, la autoridad laboral despliega funciones típicas del Ministerio fiscal, si bien se considera que por razones de especialidad y dedicación es preferible que ello lo asuma la propia autoridad laboral, dando por entendido que la actuación del Ministerio fiscal de ordinario en el ámbito de las conductas delictivas le haría poco idóneo para asumir estas funciones. En razón a ello, se entiende que la autoridad laboral, además de la incitación del proceso, asume la condición de parte activa en el desarrollo del proceso a todos los efectos; se admite la incorporación a la relación procesal de los trabajadores, si bien el proceso puede continuar sin su incorporación; se limita considerablemente que los perjudicados puedan alcanzar acuerdo de conciliación que comporten desistimiento del proceso; del mismo modo que el proceso se ejecuta siempre de oficio.

Por tanto, con ello estos procesos de oficio se presentan como excepción al principio dispositivo, consustancial a los procesos que se sustancian en el orden social de la jurisdicción y, por tanto, deben entenderse en clave restrictiva; más aún, sólo admisibles en la medida en que concurren las mencionadas razones de orden público que lo justifican. Encontrándose el fundamento de estos procesos de oficio en esas razones de orden público laboral, consideramos que algunos de los supuestos de los que se establecen en la legislación vigente resultan de muy difícil comprensión, por no encajar en la lógica precedente, de modo que sería aconsejable su eliminación.

De un lado, no se alcanza a comprender la razón de ser ni la finalidad del proceso de oficio en el caso de los procesos de conflictos colectivos, por cuanto que al tratarse de un asunto en el

que sólo se dilucidan intereses de parte (no afectantes al interés general) sólo se permite la actuación en caso de que previamente lo hayan instado así las representaciones colectivas legitimadas para iniciarlo directamente; pero, por ello mismo, resulta incomprensible que si éstas partes lo pueden iniciar directamente mediante la presentación por ellos mismos de la demanda, ellas lo vayan a hacer de manera indirecta solicitándose que lo haga en su nombre a la autoridad laboral.

De otro lado, nunca se llegó a comprender el sentido de que la autoridad laboral debiera suspender la tramitación de un procedimiento sancionador cuando se ponía en duda el carácter laboral de la relación jurídica entre las partes, para meter como una cuña en la tramitación administrativa una especie de consulta vinculante a la autoridad judicial acerca de dicho carácter laboral, para posteriormente continuar resolviendo. La única explicación posible es que no se desee que estos asuntos vengan posteriormente resueltos por el orden contencioso-administrativo, pero para ello se fuerzan y desnaturalizan los procedimientos y trámites administrativos. En ningún caso se puede alegar que la autoridad laboral no tenga capacidad ni competencia para valorar si la relación jurídica que media entre las partes es laboral o no; la prueba más palpable de ello es el hecho de que cuando se trata de una infracción cuya sanción posteriormente es impugnada ante el orden social de la jurisdicción, no procede iniciar este proceso de oficio, pues en tal caso resuelve sin más la autoridad laboral y sucesivamente se impugna. Lo que procede, pues es o bien la transferencia a todos los efectos de la competencia revisora al orden social o mantenerla igualmente a todos los efectos en sede de lo contencioso-administrativo, pero no este artificio heterodoxo de suspender la tramitación administrativa para remitir el asunto en clave prejudicial por vía de un proceso de oficio. Heterodoxo por cuanto que aquí lo que se produce es todo lo contrario a lo que veíamos anteriormente: invasión de la autoridad judicial en el espacio que le corresponde a todos los efectos a la autoridad administrativa: o se admite o no se admite el reconocimiento de una

potestad sancionadora por parte de la Administración, pero si se hace debe ser a todos los efectos⁸.

En otro orden de consideraciones, la labor de colaboración con la autoridad judicial por parte de la autoridad laboral se puede producir en clave de ayuda a la misma por la vía del asesoramiento como instancia especializada y concedora técnicamente de los asuntos relacionados con el conjunto de las materias relativas a lo laboral. Se pueden mencionar así, a título ilustrativo, los informes de la Inspección de trabajo en materia de clasificación profesional⁹, en materia de accidentes de trabajo y enfermedad profesional¹⁰, informe de la autoridad laboral al Juez en caso de regulaciones de empleo de empresas declaradas en situación de concurso¹¹, la posibilidad de recabar por parte del Juez a los organismos públicos competentes dictámenes cuando en el proceso se haya suscitado una cuestión de discriminación¹².

Decíamos previamente que estas labores de colaboración se pueden producir en doble dirección, por tanto también por parte del orden social de la jurisdicción con las competencias que corresponden a la autoridad laboral. Ejemplo significativo de ello se produce cuando, al dictar sentencia en materia de su competencia, el órgano judicial advierta que ello implica también que se ha incurrido en una infracción administrativa que debe valorar y en su caso resolver la autoridad laboral, o bien se debe proceder a un requerimiento de cotizaciones pendientes de pago por parte de la empresa. Asimismo se podrían traer a colación las previsiones de colaboración en el marco de la ejecución de sentencias, como es el caso de solicitar a los organismos y registros públicos a fin de que

⁸ Cruz Villalón, J., Principios constitucionales del ejercicio de la potestad sancionadora en el orden social, Justicia Laboral, número extraordinario 2001, pg. 43.

⁹ Art. 137 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

¹⁰ Art. 95.4 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

¹¹ Art. 64.6 Ley concursal.

¹² Art. 95.3 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

faciliten la relación de todos los bienes o derechos del deudor¹³, o bien que la autoridad judicial encomiende al Fondo de Garantía Salarial o a las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social el depósito, la administración, intervención o peritación de los bienes embargados¹⁴.

3 ESTADO DE DERECHO Y RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El punto de arranque en esta materia era igualmente nada sensible a la intromisión de las Administraciones Públicas sobre el disfrute y ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en este caso en su condición de trabajadores y empleadores. A tal efecto, las lesiones a los derechos fundamentales y libertades públicas en el curso de los expedientes administrativos a través de los cuales intervenía la autoridad laboral se presentaban de manera generalizada, aunque aparecían cierto tipo de manifestaciones especialmente recurrentes, como eran las relativas a las injerencias en los derechos a la privacidad de trabajadores y empresarios, así como conductas lesivas a la prohibición de tratamientos discriminatorios. En este ámbito, la instauración del nuevo modelo constitucional no se produce por la vía de concretos cambios legislativos que establezcan garantías específicas de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con la actuación de la autoridad laboral, por cuanto que ello se verifica de manera inmediata a resultas de la aplicación directa de las garantías establecidas al efecto por el texto constitucional o bien por medio de la reforma general de la Administración Pública, no la específica laboral.

En todo caso, sí que merece la pena destacar algún ámbito institucional donde las modificaciones de los procedimientos y reglas de actuación han sido especialmente intensas a resultas del

¹³ Art. 250 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

¹⁴ Art. 253 Ley Reguladora de la Jurisdicción social.

obligado respecto a ciertos derechos fundamentales, que en este caso sí que han determinado cambios legislativos de primer orden. Así, a título ilustrativo, baste con mencionar todo el régimen legal que se desarrolla en torno al ejercicio por parte de la Administración laboral de sus potestades sancionadoras frente a infracciones administrativas por incumplimiento de la legislación laboral¹⁵. El sometimiento a principios esenciales de legalidad, tipicidad de infracciones y sanciones, carga probatoria de los hechos determinantes del incumplimiento, contradicción en el desarrollo del expediente administrativo, proporcionalidad en la sanción, *non bis in idem* y de preferencia de la sanción penal, principio de imputabilidad y de culpabilidad, etc. desembocan en toda una regulación de nueva planta en la materia a través de la actual Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, sin desmerecer los nuevos valores culturales que determinan unas nuevas reglas de conducta por parte tanto de la Inspección de Trabajo como de la propia autoridad laboral¹⁶. Ejemplo concreto de ello se puede encontrar igualmente en los nuevos condicionantes establecidos a las visitas de control por parte de la Inspección de Trabajo a los centros y lugares de trabajo¹⁷.

Pero, es más, la vertiente analizada en el presente apartado, no sólo tiene repercusión en negativo de condicionantes a la actuación de la autoridad laboral que no puede provocar lesiones a tales derechos constitucionalizados, sino que por añadidura presenta igualmente una dimensión positiva, obligando a actuar a la Administración laboral como instancia de control y promoción de la efectividad del respeto a los derechos fundamentales en el

¹⁵ De Santos Sánchez, V., Las competencias de vigilancia, control y sanción de la Administración laboral, en el presente número monográfico de la Revista.

¹⁶ Cruz Villalón, J., Principios constitucionales del ejercicio de la potestad..., op. cit., pp. 5 y ss.

¹⁷ Cruz Villalón, J., La actuación de la Inspección de visita a los centros de trabajo e inviolabilidad del domicilio, en AA. VV., *Presente y futuro de la intervención pública en las relaciones laborales y de seguridad social*. Libro homenaje al profesor Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla 2011, pp. 245 y ss.

desarrollo de las relaciones laborales entre trabajadores y empresarios, así como entre sindicatos y asociaciones empresariales. En efecto, ahora se trata de que el conjunto de funciones que despliega la autoridad laboral, por medio de las cuales influye en las relaciones laborales individuales y colectivas, tenga como referente velar por el efectivo disfrute y ejercicio de tales derechos fundamentales y libertades públicas por parte de sus titulares. A estos efectos, la actuación resulta transversal respecto de todas y cada una de las funciones y competencias que asume la Administración en materia laboral, sin que pueda excluirse ni olvidarse ninguna de ellas, por lo que los ejemplos a citar a estos efectos resultarían bien numerosos. De este modo, si citamos algunos, lo hacemos a los meros efectos ilustrativos del alcance y trascendencia de la nueva funcionalidad que se le atribuye a la autoridad laboral respecto de las competencias que siempre ha venido asumiendo. Baste así con citar previsiones tales como las relativas a la garantía de igualdad de trato en los procedimientos de intermediación en el mercado de trabajo, sea tanto por parte de los servicios públicos de colocación como de las agencias de empleo; el control de la ausencia de criterios discriminatorios en la selección de los trabajadores afectados por los procesos de reestructuración empresarial; el control de legalidad de lo pactado en los convenios colectivos a los efectos de garantizar que los mismos no incurren en sus contenidos en tratamientos discriminatorios o lesivos a derechos fundamentales; la tipificación amplia de infracciones administrativas derivadas de conductas discriminatorias o lesivas de derechos fundamentales; las funciones de asesoramiento o colaboración con la Administración de justicia, particularmente a efectos de emisión de informes relativos a situaciones de las que se pueden deducir la concurrencia de conductas discriminatorias o lesivas de derechos fundamentales, etc.

4 ESTADO DEMOCRATICO Y RESPETO A LA AUTONOMIA COLECTIVA

Especial relevancia y repercusión va a presentar el amplio reconocimiento en nuestro vigente modelo democrático de

relaciones laborales de las manifestaciones propias del principio de autonomía colectiva, con particular extensión a la libertad sindical (art. 28.1 CE), derecho de huelga (art. 28.2 CE), negociación colectiva (art. 37.1 CE), así como al desarrollo de medidas de conflictos colectivos por ambas partes (art. 37.2 CE).

Ciertamente la invasión en el pasado por parte de la Administración era tan intensa, que era uno de los ámbitos donde nos encontrábamos con los supuestos más elocuentes de negación de las manifestaciones prototípicas de la autonomía colectiva, con el desarrollo por parte de la autoridad laboral de funciones que eran de todo punto contrarias a ella, cuando no, en ocasiones, directamente represivas de la misma.

Ello de nuevo, condujo en unos aspectos a un imprescindible repliegue de la actuación de la autoridad laboral, asumiendo un rol exquisitamente neutral a ciertos efectos o bien de tutela en positivo una vez más de la autonomía colectiva, como una manifestación más del respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas.

Ante todo, el pleno reconocimiento de la libertad sindical se articula jurídicamente por medio de un procedimiento de adquisición de personalidad jurídica muy marcadamente simple, con una intervención por parte de la Administración laboral de mero registro y depósito de los estatutos sindicales con una estricta funcionalidad de garantía de la publicidad y seguridad jurídica; en sentido negativo, sin capacidad alguna de injerencia de la autoridad laboral con decisiones discrecionales en el otorgamiento o denegación de la referida personalidad jurídica¹⁸. En similares términos, también se sitúa en el terreno de la publicidad, transparencia y neutralidad la actuación prevista a los efectos del cómputo de los resultados de las elecciones a comités de empresa y delegados de personal con vistas a determinar el grado de representatividad de cada una de las organizaciones sindicales; de este modo, su función lo es

¹⁸ Fernández López, M.F., *El sindicato. Naturaleza jurídica y estructura*, ed. Civitas, Madrid 1982.

meramente de registro y certificación puntual de los resultados de representatividad.

Complementariamente a ello, se contempla igualmente alguna actuación en el desarrollo de los procedimientos electorales a comités de empresa y delegados de personal, adicionales a los ya referidos en materia de cómputo de la representatividad sindical, si bien en la misma clave de garantizar la corrección del procedimiento y proporcionar seguridad jurídica a los mismos. En particular, a la Administración laboral se le imponen particulares responsabilidades en la organización de los procedimientos arbitrales de resolución de las impugnaciones de tales elecciones: si bien se trata por su caracterización jurídica de estrictos arbitrajes privados, a la autoridad laboral se le encomienda la tarea de proporcionar los medios materiales y personales necesarios para que los árbitros puedan asumir sus tareas, incluyendo la retribución a los mismos¹⁹.

Particularmente importante se presentan los cambios verificados en relación con la negociación colectiva, en la medida en que el modelo democrático instaurado a partir del Estatuto de los Trabajadores, sí que supuso un cambio profundo respecto del sistema precedente, de clara debilidad de la negociación colectiva como manifestación clave de la autonomía colectiva²⁰. En efecto, para empezar, ello exigió desmontar todo el aparato de Ordenanzas laborales y Reglamentaciones de Trabajo, que obviamente ocupaban el espacio natural de los convenios colectivos de ámbito estatal,

¹⁹ Cfr. Así, RD 368/2014, de 23 de mayo (BOE 6 de junio), por el que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones a los árbitros designados conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa.

²⁰ Olarte Encabo, S., El sentido de la intervención de la Administración en el convenio colectivo como sujeto coadyuvante de la reforma laboral de 2012, en el presente número monográfico de la Revista, pp. 237 y ss. Gorelli Hernández, J., El papel de la Administración laboral tras la reforma de la negociación colectiva, Temas Laborales nº 120 (2013), pp. 315 y ss.

especialmente los de carácter sectorial²¹. En paralelo a ello, la previsión como de máxima excepcionalidad de la posibilidad legal de dictar reglamentos de necesidad de regulación de condiciones de trabajo por rama de actividad (disp. adic. 7ª ET)²².

De especial trascendencia fue en su momento la modificación de todo el mecanismo de control por parte de la Administración laboral de lo pactado entre las partes sindicales y empresariales. Recordar a estos efectos que durante el régimen precedente, la Administración ostentaban amplísimas facultades discrecionales de validación de lo pactado entre las partes, a través del instituto de la homologación del convenio colectivo, que le permitía rechazar el registro y entrada en vigor de lo pactado entre las partes conforme a criterios de simple oportunidad y, por tanto, sin necesidad de fundamentar su decisión de rechazo. Como es fácil imaginar dicha fórmula de homologación se presentaba de todo punto opuesta al nuevo modelo de negociación colectiva, en término tales que no sólo entraba en contradicción con el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), sino igualmente entraba en colisión con la exclusividad de la actividad jurisdiccional atribuida a los órganos judiciales (art. 117.3 CE), así como con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). En estos términos, resultaba imprescindible diseñar un nuevo régimen compatible tanto con la autonomía colectiva como con la tutela judicial, que necesariamente requería la desaparición de las facultades administrativas de homologación de los convenios colectivos. Como resulta bien conocido, el régimen establecido a partir de la primera versión del Estatuto de los Trabajadores de 1980, aparte de eliminar la mencionada homologación, atribuye a las partes negociadoras la autónoma capacidad de perfeccionamiento del convenio colectivo como negocio jurídico,

²¹ Cruz Villalón, J., *Derogación de Ordenanzas Laborales y negociación colectiva*, Relaciones Laborales nº 14 (1995). Valdés Dal-Ré, F., *Balance material del proceso de sustitución de las Ordenanzas Laborales*, AAVV, ed. CCNCC, Madrid 1999.

²² García Murcia, J., *La reglamentación sectorial del trabajo. De la intervención pública a la autonomía colectiva*, ed. Civitas, Madrid 2001.

adquiriendo su eficacia jurídica y, por tanto, su plena fuerza vinculante, a resultas de la simple firma del convenio por quienes lo han pactado. En correspondencia con ello, el control de legalidad del convenio colectivo corresponde al orden social de la jurisdicción, como es consustancial a cualquier Estado de Derecho, de modo que a la Administración laboral sólo le resta una labor recepción del depósito de los convenios colectivos “a los solos efectos de registro” (art. 90.2 ET), por tanto de nuevo con una finalidad meramente de otorgamiento de seguridad jurídica y de publicidad de lo negociado por las partes. Resta a la autoridad laboral una labor complementaria, de colaboración con la jurisdicción social, a los efectos de que ésta última pueda desplegar su labor de control de legalidad o lesividad de los convenios colectivos: la facultad de remisión del texto del convenio al Juez cuando estime que el mismo pudiera ser ilegal o lesivo del interés de terceros (art. 90.5 ET), pero siempre sobre la premisa de que quien tiene las facultades resolutorias al respecto es siempre y en todo caso el Juez laboral, poniendo en marcha la autoridad laboral un simple proceso de oficio y sin perjuicio de la legitimación directa de la que pudieran ser titulares los interesados al efecto.

A la vista del esquema precedente, puede resultar nítido que el mismo es de naturaleza y funcionalidad de todo punto diversas a las propias de la periclitada homologación del convenio colectivo. A pesar de ello, conviene también señalar que en ocasiones emerge en la realidad de las conductas de las partes, especialmente de la Administración laboral, ciertos comportamientos que responden en esencia a la cultura de control y de discrecionalidad propia de la anacrónica homologación del convenio colectivo. En efecto, en ciertas ocasiones la práctica administrativa adopta decisiones informales de rechazo del depósito de los textos de los convenios colectivos presentados, unidos a recomendaciones de modificación de su contenido, por estimar que los mismos no son conformes a la legalidad vigente o incluso de simple oportunidad conforme a sus criterios de política general. Dicho de otro modo, de facto en ocasiones ciertas prácticas administrativas se desarrollan como si la autoridad laboral continuase ostentando facultades asimiladas a las propias de la homologación convencional. Debe advertirse a

estos efectos, que las facultades atribuidas a estos efectos a la autoridad laboral viene predeterminadas con claridad en el texto legal, sin permitir las mismas lecturas ampliatorias de las facultades legalmente reconocidas, por cuanto que tanto el reconocimiento de la autonomía negocial de las partes como la atribución del control de legalidad en exclusiva al poder judicial impiden lecturas ampliatorias o extensivas de lo legalmente contemplado.

Facultad tradicional de superior alcance se verifica en relación con la atribución a la Administración laboral de la capacidad de extensión de convenios colectivos, a los efectos de evitar la presencia de posibles vacíos negociales (art. 92.2 ET)²³. Eso sí, la regulación de esta institución ha ido cambiando con el paso del tiempo, manifestando su evolución una progresiva disminución de los supuestos de hecho determinantes de la decisión empresarial extintiva, precisamente en una clave evolutiva de otorgar cada vez mayor centralidad al poder negocial de las partes. Dicho de otro modo, el progresivo reforzamiento de la autonomía negocial de las partes desemboca en una correlativa reducción del espacio de actuación de la extensión convencional, para desembocar en un resultado de práctica irrelevancia, pudiendo incluso intuirse su desaparición en el futuro. En efecto, la extensión se presenta cada vez más como una figura residual en la medida en que se concibe con una actuación marginal allí donde no sea posible en sede teórica una cobertura negocial por la propia iniciativa de los negociadores. Así, se produce una doble operación de reforma legislativa que aboca a arrinconar la extensión a situaciones excepcionales; de un lado, cambios en el supuesto de hecho determinante de la facultad administrativa, partiéndose de situaciones genéricas que permiten un considerable juego a la figura por otorgamiento de una amplia discrecionalidad en la

²³ AA. VV. (T. Sala Franco, dir), *Las extensiones de convenios: seguimiento y balance*, ed. CCNCC, Madrid 2011. AA. VV. (I. García-Perrote Escartín, dir.), *Balance de las experiencias de extensión de convenios colectivos en España: de la regulación estatutaria al nuevo procedimiento de 2005*, ed. CCNCC, Madrid 2005.

decisión de adoptarla por parte de la autoridad laboral²⁴, para llegarse a situaciones marcadamente restringidas derivadas de la ausencia de negociadores legitimados que permitan constituir válidamente la comisión negociadora²⁵; de otro lado, y en paralelo, una progresiva ampliación de las reglas de legitimación negocial, especialmente por incorporación de reglas de irradiación negocial tanto para la parte empresarial como para la sindical, que determinan como excepcionales los supuestos en los que se puede presentar el supuesto de hecho legal hoy en día que habilita para la extensión. Es cierto que aplicando estrictamente las reglas de legitimación negocial en la regulación vigente, tras sucesivas reformas legislativas, siempre habrá partes legitimadas para negociar un convenio sectorial. Ello exige una interpretación finalista y sistemática del requisito legal, entendiendo que lo que se está exigiendo es que no haya legitimados con representatividad directa en el sector, aunque pueda negociarse el convenio por vía de irradiación por los sindicatos o empresarios más representativos a nivel general (no sectorial) en el ámbito estatal o autonómico.

Al margen de lo anterior, a la autoridad laboral se le otorgan una serie de competencias variadas en el desarrollo del proceso de negociación colectiva, que van esencialmente dirigidas a facilitarle recibir información puntual del estado de los procesos negociales, que inicialmente no le otorgan facultad específica de condicionamiento del desarrollo de la negociación, pero que le permiten estar alerta por su fuese necesario actuar, bien lo sea en términos de mediación o de facilitación externa del acuerdo o bien por las derivaciones que en situaciones singulares pudieran presentarse de emergencia de conflictos colectivos. Recuérdese así, a título de ejemplo, la comunicación de iniciación de la negociación colectiva (art. 89.1 ET).

²⁴ En la redacción originaria del art. 92.2 del Estatuto de los Trabajadores, “siempre que exista especial dificultad para la negociación, o se den circunstancias sociales y económicas de notoria importancia en el ámbito afectado”.

²⁵ En la redacción actual del precepto estatutario, “debida a la ausencia de partes legitimadas para ello”.

Para concluir con la lista de actuaciones previstas en relación con la negociación colectiva, no puede dejarse de mencionar en esta relación de intervenciones atribuidas a la Administración la muy reciente incorporación de la competencia arbitral en casos de descuelgue de condiciones pactadas en convenios colectivos, canalizada a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (art. 82.3 ET). Eso sí, se trata de una materia que sólo procede citarla en estos momentos, pues no corresponde tratarla en este apartado, en la medida en que su orientación y funcionalidad nada tiene que ver con la promoción de la autonomía negocial de las partes, sino todo lo contrario: se presenta como una excepción al “*pacta sunt servanda*” colectivo y, por ende, un debilitamiento de la fuerza vinculante de los convenios colectivos reconocida constitucionalmente. Precisamente por ello, el propio Tribunal Constitucional consideró contraria al reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva las formas de intervención fuerte por parte de la Administración laboral por medio de la imposición a las partes de la solución de los conflictos colectivos bloqueados, a través de soluciones arbitrales obligatorias públicas²⁶.

Para finalizar, mencionar las facultades atribuidas a la autoridad laboral en relación con el desarrollo de los conflictos colectivos y, específicamente, en relación con el ejercicio del derecho de huelga. Es precisamente aquí donde emerge con mayor intensidad la posible intervención del poder ejecutivo, en la medida en que el desarrollo de cierto tipo de huelgas puede provocar lesiones a los intereses de terceros ajenos al conflicto laboral, precisamente derivando en vulneraciones de derechos constitucionales de dichos terceros. De ahí que para tales supuestos emerjan facultades “fuertes” de la Administración, ahora en su más típica vestimenta de ejercicio del “*imperium*” público garante del orden público y, en general, de los intereses generales de la comunidad. El ámbito más conocido es el relativo a las huelgas que afectan a servicios esenciales de la comunidad, con atribución de incisivas facultades

²⁶ STC 11/1981, de 8 de abril (BOE 25 de abril).

a la autoridad gubernativa de los correspondientes servicios mínimos²⁷, la facultad de imposición de arbitrajes obligatorios cuando la gravedad de efectos de una huelga puede repercutir sobre la economía nacional o derechos constitucionales de terceros²⁸, sin olvidar tampoco la facultad de ordenar la reapertura del centro de trabajo ante decisiones del empleador consideradas ilícitas de cierre empresarial en el marco de un conflicto colectivo²⁹. Manifestaciones todas ellas que han sido avaladas desde la perspectiva constitucional por parte de nuestro alto Tribunal³⁰.

5 TRANSFORMACIONES ECONOMICAS Y ADECUACION A LA LIBERTAD DE EMPRESA

Con todas las transformaciones descritas hasta el presente, que en esencia y simplificada responden a la adaptación al modelo constitucional de relaciones laborales, no se agotan las reformas que se van produciendo en los diversos ámbitos competenciales de la Administración laboral. Con el paso del tiempo, van emergiendo otras nuevas, derivadas de cambios en otros ámbitos, especialmente derivados de la relación entre los poderes públicos y su actuación sobre la actividad económica.

Desde esta otra perspectiva, va emergiendo una expansión del alcance del reconocimiento de la libertad de empresa, como principio inspirador general del diseño de las políticas económicas y, en particular, de la intervención del poder ejecutivo sobre la libre

²⁷ Art. 10 Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo. Moreno Vida, M.N., La intervención administrativa en las huelgas en servicios esenciales de la comunidad, en el presente número monográfico de la Revista.

²⁸ Art. 10 Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo. Lantarón Barquín, D., *Ordenación de la solución extrajudicial de los conflictos laborales*, ed. Lex Nova, Valladolid 2003. Vega López, J., El arbitraje "obligatorio" que pone fin a la huelga, en *Temas Laborales* nº 70 (2003).

²⁹ Art. 14 Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo. Ruiz Castillo, M. de M., *El cierre patronal*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1990.

³⁰ STC 11/1981, de 8 de abril (BOE 25 de abril).

concurrència mercantil. Este proceso se acentúa de manera singular a partir de la integración de nuestro país en la Europa comunitaria, junto con la propia evolución de las políticas europeas en relación con el afianzamiento de la libre iniciativa empresarial y, por ende, de la eliminación de cualquier tipo de trabas a la concurrencia mercantil. Se trata de un fenómeno que inicialmente se desarrolla exclusivamente en el ámbito del Derecho Mercantil y, por tanto, extramuros del ordenamiento laboral. Sin embargo, se trata igualmente de un fenómeno que acaba calando también en las políticas laborales, en la medida en que en éstas igualmente se aprecia que cierto tipo de actuaciones de la Administración laboral pueden acabar repercutiendo negativamente sobre la concurrencia mercantil o incluso sobre la libre iniciativa empresarial.

La primera y principal expresión de este fenómeno se observa en relación con la nueva lectura que se llega a realizar en ocasiones respecto de cierto tipo de subvenciones y ayudas económicas a las empresas que pueden comportar un sostenimiento artificial de determinadas empresas, bajo la justificación del apoyo al sostenimiento del empleo; o bien de intervenciones igualmente económicas de las Administraciones Públicas en el marco de procesos de reestructuraciones de empresas en situaciones económicas de dificultad, igualmente bajo el paraguas finalista del salvamento de tales empresas a su vez con la justificación del mantenimiento del empleo en las mismas. En efecto, a partir de un determinado momento tales medidas económicas de las Administraciones Públicas comienzan a controlarse, ahora desde el punto de vista de su posible consideración como ayudas de Estado y, como tales, prohibidas con carácter general desde las reglas establecidas por el Derecho de la Unión Europea en materia de salvaguarda de la libre concurrencia mercantil³¹.

³¹ Gómez Muñoz, J. M., Derecho del Trabajo, libre competencia y ayudas de Estado, ed. Mergablum, Sevilla 2007.

Ello acaba colocando en el punto de mira no solamente a las medidas públicas³² en el escenario de las reestructuraciones empresariales, sino también de forma más amplia a cierto tipo de medidas que se puedan proyectar en el marco de las políticas activas de empleo. Eso sí, conviene advertir que ello no comporta, ni mucho menos, poner en cuestión todo el conjunto de medidas públicas que, directa o indirectamente, impliquen el establecimiento ayudas económicas diseñadas para implementar las políticas de empleo, aunque sí la necesidad de fundamentar claramente las mismas con vistas a tales objetivos y, en ningún caso, convertirlas en un mecanismo de ocultamiento de las ayudas de Estado prohibidas por el Derecho de la Unión Europea. De una parte, ha de tenerse en cuenta que muchas de estas medidas van dirigidas a suministrar ayudas económicas a los trabajadores, que no inciden sobre la concurrencia mercantil entre las empresas. De otra parte, ha de advertirse que no todas las medidas económicas de apoyo a las empresas quedan prohibidas por la normativa europea, especialmente cuando se encuentran basadas en las políticas de empleo, especialmente cuando no superan los mínimos cuantitativos previstos en la correspondiente normativa europea, al tiempo que se informa o se solicita la correspondiente autorización según los casos a las instancia competentes al respecto. En todo caso, lo que sí que resulta novedoso es que este tipo de medidas para quedar validadas deben pasar por el tamiz de constatación de que las mismas son compatibles con las reglas comunitarias en materia de libre concurrencia mercantil.

Como segunda manifestación de este fenómeno de impacto de la libertad de empresa sobre lo laboral, cabe traer a colación la progresiva liberalización del conjunto de actividades conectadas con la intermediación en el mercado de trabajo, entendido el concepto en su sentido más amplio³³. A partir de un modelo que

³² De Soto Rioja, S., *La reestructuración del empleo en el sector público*, ed. Universidad de Huelva, 2012.

³³ Sánchez-Rodas Navarro, C., La orientación e intermediación directa en el empleo, en el presente número monográfico de la Revista, pp. 89 y ss.

arrancaba de un estricto monopolio público en la actuación de los servicios públicos de empleo que actuaban como intermediarios exclusivos en la puesta en contacto entre oferta y demanda de empleo, se verifican reformas sucesivas, cuya seña de identidad más señalada es la de permitir la libre actuación de la iniciativa privada en este campo de la intermediación. Al margen de la tradicional presencia de las empresas de selección, se procede a una habilitación cada vez más amplia de las agencias de colocación, inicialmente sobre la exigencia de que no tengan fines lucrativos, pero con el paso del tiempo admitiendo igualmente las que actúen con fines lucrativos también, siempre que unas y otras no cobren a los trabajadores por los servicios prestados³⁴. Correlativamente a ello se procederá igualmente a regular la actividad de las empresas de trabajo temporal, igualmente sobre la base de la admisión de la libre constitución de este tipo de empresas siempre que cumplan con los requisitos legalmente exigidos a las mismas³⁵.

En una primera fase, se produce una legalización de este tipo de entidades esencialmente privadas sometiéndolas a un estricto proceso de control administrativo previo, a través de la atribución a la autoridad laboral de la capacidad de autorización administrativa de la actuación de las entidades que deseen desarrollar este tipo de actividades de intermediación laboral o de puesta a disposición de trabajadores. Desaparece el monopolio público en este ámbito, dando entrada a la iniciativa privada en el mismo, si bien partiéndose de la consideración de que este tipo de actividades implican bien la gestión de servicios públicos o bien comportan actuaciones de incidencia sobre la contratación laboral que pueden

³⁴ Cruz Villalón, J., El nuevo régimen jurídico de la colocación de trabajadores, *Temas Laborales* nº 32 (1994), pgs. 3 ss. Lázaro Sánchez, J. L., *La intermediación en el mercado de trabajo*, ed. Mergablum, Sevilla 2003.

³⁵ Cruz Villalón, J., Balance aplicativo de las empresas de trabajo temporal en España, en prensa. Rodríguez-Piñero Royo, M., *Las empresas de trabajo temporal en España*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994. AA. VV. (M. L. Molero y F. Valdés), *Comentarios a la Ley de Empresas de Trabajo Temporal*, ed. La Ley, Madrid 2009.

afectar a las garantías laborales de los trabajadores; una y otra faceta que legitima al establecimiento de controles estrictos por parte de la autoridad laboral, no sólo en el momento de arranque y puesta en marcha de la actividad, sino también en el seguimiento de la misma, tanto por parte de las agencias de colocación como de las empresas de trabajo temporal.

Eso sí, sin llegar a alterarse la filosofía general en este terreno, ni cambiar cualitativamente la funcionalidad de la intervención pública en la materia, con el paso del tiempo también se aprecian cambios en las técnicas de intervención de la Administración Pública al respecto.

En efecto, de un lado, se considera de menor relevancia el control administrativo en la fase inicial de puesta en funcionamiento de la actividad empresarial, mientras que se considera de mucha mayor trascendencia el seguimiento de la actividad de las mismas durante toda su presencia en el mercado de trabajo. Ello ha conducido, sobre todo recientemente, a alterar en parte el tipo de control de tales entidades en el momento de comienzo de su actividad. En concreto, respecto de las agencias de colocación se ha sustituido la necesidad de autorización administrativa formal por una simple declaración responsable de cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente, sin perjuicio de que se mantengan todas las competencias administrativas de control de la efectividad de tales requisitos, incluida la posibilidad de resolver su cierre³⁶. En paralelo a ello, las empresas de trabajo temporal que, conforme a la regulación inicial, obtenían una autorización provisional para actuar, que solo se convertía en definitiva al cabo de los tres años, ahora ya la primera autorización otorga la capacidad de actuación definitiva ³⁷ . Incluso cuando se mantiene la autorización

³⁶ Art. 21 bis de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre (BOE 17 de diciembre), de empleo, conforme a la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio (BOE 5 de julio).

³⁷ Art. 2 Ley de Empresas de Trabajo Temporal, conforme a la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio (BOE 5 de julio).

administrativa, se cambia desde el alcance del silencio administrativo que siendo inicialmente negativo para a ser positivo a resultas de diversas reformas legislativas. Ello hace que cobre mucha mayor relevancia la actuación de seguimiento y control de estas entidades a lo largo del tiempo, de modo que cobre una nueva funcionalidad la intervención administrativa; ahora como garante externo de la transparencia en el funcionamiento del mercado de trabajo, que no se produzcan actuaciones que desemboquen en la conformación de mercados de trabajo cerrados en ciertos ámbitos y, especialmente, que queden garantizados los principios de igualdad y no discriminación en la actuación de este tipo de entidades de colocación y puesta a disposición.

De otra parte, la habilitación para la intervención tanto de agencias de colocación como de empresas de trabajo temporal, en un primer momento, se concibe como mera expresión de liberalización de la actividad empresarial en este campo, pero entendiendo que la misma se desenvuelve en el estricto ámbito de la iniciativa privada de ejercicio de la libertad de empresa. No obstante, tampoco se deja de olvidar que las mismas se desenvuelven en el terreno interno o próximo a la gestión de servicios públicos, lo que legitima una presencia activa de la autoridad laboral. Pero, sobre todo, el cambio de orientación se produce cuando el fenómeno no sólo se concibe en clave de liberalización, sino también de actuación en clave de cooperación o colaboración entre la iniciativa privada y las necesidades de gestión de este tipo de servicios públicos. En esta nueva perspectiva, frente a la tradicional función de control público de la actividad, comienza a cobrar mayor relevancia la actuación en orden al desarrollo de convenios de colaboración entre los servicios públicos de empleo y este tipo de entidades privadas, bien lo sean a los efectos de desarrollar éstas últimas labores de intermediación atendiendo como servicio público a trabajadores y empresas, o bien funciones de formación y recolocación de trabajadores igualmente en la misma lógica, que algunos calificarán de colaboración público-

privada, mientras que otros la valorarán como gestión privada de servicios públicos³⁸.

6 TRANSFORMACIONES ECONOMICAS Y FLEXIBILIDAD EMPRESARIAL

Asimismo los procesos continuos de reformas laborales que se vienen produciendo en nuestro país en las últimas décadas dirigidos a permitir una más fácil adaptación de las condiciones de trabajo a las necesidades de las empresas, que desembocan en la atribución de instrumentos más intensos de flexibilidad a favor de las empresas, repercuten igualmente sobre las facultades de intervención de la autoridad laboral. En efecto, comoquiera que esos instrumentos de flexibilidad empresarial se materializan en la ampliación de los poderes organizativos unilaterales del empleador, en correspondencia implican reducir el grado de control inicialmente previsto atribuido a la Administración laboral.

En particular, ello viene a concretarse de manera más inmediata en la supresión de diversas previsiones de necesaria autorización administrativa previa respecto de cierto tipo de cambios o reestructuraciones empresariales. Así, se pueden mencionar los siguientes cambios, ordenados secuencialmente en el tiempo:

Eliminación de la exigencia de autorización para la apertura de centros de trabajo, que se produce en 1986, de modo que en estos momentos se limita al requisito de comunicación del alta ante la autoridad laboral (art. 1.5 ET)³⁹.

³⁸ Cfr. Rodríguez-Piñero Royo, M., Aproximación a la colaboración público-privada en el mercado de trabajo español, en el presente número monográfico de la Revista, pp. 53 y ss.

³⁹ Régimen vigente a partir del RDL 1/1986, de 14 de marzo (BOE 26 de marzo), de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales, art. 6: "Queda suprimido el requisito de la previa autorización para proceder a la apertura de un centro de trabajo o para proseguir los trabajos después de efectuar alteraciones, ampliaciones o transformaciones de importancia, previsto en el artículo 187 del texto

Supresión de la autorización administrativa tanto para los traslados de residencia (40 ET) como para el resto de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (art. 41 ET), que se produjo a resultas de la reforma laboral de 1994⁴⁰. Respecto de los traslados, tras la supresión de la autorización administrativa, de forma alternativa se estableció para los casos de traslados la facultad administrativa de poder decidir postergar la materialización del traslado hasta un máximo de seis meses, a la vista de las posiciones de las partes y siempre que las consecuencias económicas o sociales de la medida así lo justifiquen. Sin embargo, posteriormente con ocasión de la reforma laboral de 2012 también se suprimió dicha facultad⁴¹. Asimismo se suprimió también la facultad de iniciación de oficio por parte de la autoridad laboral cuando estimase que las modificaciones sustanciales acordadas colectivamente entre las partes comportaban dolo, coacción o abuso de derecho⁴². De este modo, en estos momentos la autoridad laboral carece de intervención expresa, tanto para el caso de los traslados como el de los desplazamientos.

El cambio más conocido, por ser el más reciente y el de mayor calado, ha sido el de suprimir a partir de la reforma laboral de 2012 la autorización administrativa para los despidos colectivos y para las suspensiones del contrato de trabajo, cuando unos y otras se basan en causas económicas, técnicas, organizativas o productivas⁴³.

refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo

⁴⁰ Ley 11/1994, de 19 de mayo (BOE 23 de mayo), por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social

⁴¹ RDL 3/2012, de 10 de febrero (BOE 12 de febrero), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; Ley 3/2012, de 6 de julio (BOE 7 de julio), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

⁴² Ley 42/1994, de 30 de diciembre (BOE 31 de diciembre), de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

⁴³ RDL 3/2012, de 10 de febrero (BOE 12 de febrero), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; Ley 3/2012, de 6 de julio

Resta la autorización administrativa como un supuesto muy residual para estas medidas cuando las mismas se encuentran justificadas en causas de fuerza mayor, si bien en la práctica han desaparecido de hecho por cuanto que incluso de presentarse tales causas las empresas prefieren canalizarlos como despidos por causas económicas desde el instante en que para ellas ahora gozan de una facultad unilateral de resolución contractual, sin necesidad de previa autorización administrativa.

En estos supuestos en los que ya no se requiere de la autorización administrativa, el espacio que se le otorga a la autoridad laboral no es otro que el de desplegar una serie de funciones orientadas a permitir el control y seguimiento por parte de la Administración de los procedimientos de reestructuración empresariales, si bien en ningún caso con facultades resolutorias por parte de la autoridad laboral. Especialmente su intervención va dirigida a velar por la efectividad del periodo de consultas, ofrecer sus buenos oficios con labores de mediación, realizar funciones de asistencia o asesoramiento a las partes, así como al control de que no se producen actuaciones que comporten conductas orientadas a hacer soportar a la Seguridad Social o a otras entidades públicas indebidamente costes derivados de tales reestructuraciones empresariales. En el siguiente apartado concretaremos las específicas funciones que se le encomiendan a la autoridad laboral en estas reestructuraciones empresariales, bastando en estos momentos con hacer hincapié en el hecho de que se transforman cualitativamente las funciones y cometidos de la autoridad laboral con vistas en particular a facilitar a las empresas la adopción de las decisiones suspensivas y extintivas, de modo que ello redunde en dosis superiores de flexibilidad empresarial.

Paradójicamente, cabe traer a colación aquí otras intervenciones novedosas atribuidas a la Administración laboral de las que derivan facultades resolutorias de cambio de condiciones de trabajo, pero ahora en clave de otorgar dosis superiores de flexibilidad

(BOE 7 de julio), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

empresarial para adaptarse a circunstancias económicas sobrevenidas. Dicho de otro modo, la paradoja se encuentra en el hecho de que mientras que de forma generalizada la práctica totalidad de las reformas que hemos ido analizando han ido en la línea de suprimir facultades de intervención administrativa o bien de reducir la intensidad de su actuación sobre todo por la vía de reducir potestades resolutorias de *imperium* como poder público, ahora nos enfrentamos a lo contrario: nuevas facultades, desconocidas hasta el presente, con capacidad resolutoria de impacto directo sobre las condiciones de trabajo. Eso sí, la paradoja queda perfectamente superada a partir del instante en el que colocamos la mirada en la finalidad o funcionalidad de la medida: la introducción de un instrumento adicional de flexibilidad empresarial para atender a las necesidades de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias económicas cambiantes.

Ejemplo prototípico de ello se encuentra en el procedimiento de descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo a través de las facultades atribuidas a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o de los órganos asimilados en el ámbito de las Comunidades Autónomas (art. 82.3 ET). Como es bien sabido, se trata de una fórmula que ha provocado una intensa discusión doctrinal, incluidas las fundadas dudas de constitucionalidad de la misma por su posible afectación a la fuerza vinculante de los convenios colectivos (art. 37.1 CE)⁴⁴; si bien, recientemente el Tribunal Constitucional se ha pronunciado de manera expresa y directa, avalando la constitucionalidad de la medida⁴⁵. Sin poder entrar en un análisis pormenorizado de la fundamentación de la sentencia y de la discrepancia al efecto por parte del voto particular, centrándonos exclusivamente en la perspectiva desde la que se trae a colación aquí (la funcionalidad de la fórmula de arbitraje obligatorio público previsto legalmente para los descuelgues) lo que me interesa resaltar es el hecho de que ya la exposición de motivos

⁴⁴ Por todos, Molina Navarrete, C., La desnaturalización de la CCNCC en la inaplicación de convenios: balance de una (negativa) experiencia, en el presente número monográfico de la Revista, pp. 189 y ss.

⁴⁵ STC de 16 de julio de 2014.

de la Ley pretendía justificar la medida en “la necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad tal y como deriva del artículo 38 de la Constitución Española”. Al propio tiempo que, en la misma clave, la sentencia de nuestro alto Tribunal avala la constitucionalidad de la medida en base a las necesidades de flexibilidad empresarial: “De este modo, al posibilitar la adaptación de las condiciones laborales a las circunstancias adversas que concurren en una empresa, sobrevenidas después de la aprobación del convenio, el propósito perseguido por el legislador con la medida cuestionada ha sido facilitar la viabilidad del proyecto empresarial y evitar el recurso a decisiones extintivas de los contratos de trabajo; esto constituye una finalidad constitucionalmente legítima, atendidos el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y los deberes de los poderes públicos de proteger la defensa de la productividad (art. 38 CE) y de realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE), ante la necesidad de afrontar el problema de la grave situación del desempleo en España a la que ya antes se ha hecho alusión”.

Mucho más discutible, a los sólo efectos de comentar lo que afecta a la materia aquí tratada, es la consideración por parte de dicha sentencia en el sentido de que la CCNCC y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas no sean un órgano de carácter administrativo ni, por tanto, sea a los efectos aquí tratado una manifestación de intervencionismo administrativo, negando a la postre el carácter público del arbitraje articulado por esta vía; todo ello, naturalmente, con la vista puesta en intentar marcar las diferencias con el laudo arbitral obligatorio del procedimiento de conflictos colectivos de 1977, declarado como inconstitucional por el propio Tribunal⁴⁶. A nuestro juicio, el esfuerzo en sentido contrario por parte de la sentencia resulta forzado y poco convincente. Para ello la sentencia tiene que afirmar que se trata de un organismo que no se encuentra incorporado a la estructura jerárquica del Ministerio, al tiempo que adopta sus decisiones con independencia y autonomía funcional plena. Sin embargo, y frente

⁴⁶ STC 11/1981, de 8 de abril (BOE 25 de abril).

a ello, resulta claro que estos organismos tienen la naturaleza de entidades de Derecho Público, sometidos en su actuación procedimental a los principios propios del Derecho Administrativo más allá de que la regulación de sus competencias lo sea conforme a la legislación laboral, del mismo modo que en la práctica al producirse desacuerdos entre las representaciones sindicales y empresariales el tercer grupo de sus miembros posee un voto de calidad dirimente no pudiendo desconocerse que su nombramiento es directo por parte del Ministerio de Empleo y tienen la condición de representantes de la Administración Pública, sin que sea convincente que los mismos actúan con autonomía respecto de las indicaciones que les puede marcar la autoridad política de la propia Administración a la que pertenecen.

7 *SOFT LAW* Y SU IMPACTO SOBRE LAS TECNICAS DE ACTUACION ADMINISTRATIVA

Con una fuerte impronta de las técnicas de actuación propia de las instituciones europeas, a su vez ésta habiéndolas importando de la cultura anglosajona, se extiende en las políticas laborales en nuestro país el desarrollo de típicas previsiones de *soft law*, al margen de la pervivencia o no según las materias y contenidos de estrictas reglas tradicionales de derecho necesario que en términos “ortodoxos” establecen precisos derechos subjetivos para las partes de la relación laboral. El *soft law* de principio se presenta como una técnica regulativa y, por tanto, afecta inicialmente a la confección de las normas jurídicas, por tanto, se sitúan esencialmente en el plano del ejercicio del poder legislativo. Sin embargo, en las más de las ocasiones, el *soft law* está implicando también una apelación a un modo diferente de actuación por parte de la Administración laboral.

En efecto, en la medida en que con las reglas de *soft law* se vienen a marcar objetivos, establecer procedimientos, emitir recomendaciones, incorporar incentivos para el logro de tales objetivos, también con ello se está apelando a la intervención de la Administración laboral, que en unas ocasiones viene a desplegar actuaciones que sustituyan a las reglas de *hard law* o bien a

desarrollar actuaciones también en clave *soft* que sustituyan a poderes fuertes decisorios hasta el presente que le venían asignados conforme a la regulación precedente. En ocasiones, ello supone mantenimiento de los fines perseguidos encomendados a la Administración laboral, pero que, en lugar de encomendárselos por la vía del ejercicio de poderes administrativos de *imperium* frente a los particulares, se pretende que lo logren a través de técnicas *soft* de incentivos o recomendaciones. En otras ocasiones, la incorporación de técnicas *soft* de actuación administrativa en lugar de las tradicionales *hard* comporta de manera adicional un cambio en la funcionalidad o finalidades perseguidas ahora por estas nuevas vías.

En muchos de los supuestos de reformas en la intervención administrativa que hemos comentado en apartados precedentes se pueden encontrar manifestaciones típicas de esta actuación de la Administración laboral conforme a técnicas *soft*. Recuérdese, así, las nuevas formas de actuación de la autoridad laboral en materia de intermediación en el mercado de trabajo, de incentivos económicos en el ámbito de las políticas activas de empleo, de prevención de riesgos laborales⁴⁷, de mediación en los conflictos laborales especialmente de alcance colectivo⁴⁸, etc.

Incluso, cabría traer a colación conductas hoy en día bastante extendidas en las prácticas administrativas, no derivadas tanto de específicas reformas legislativas que reorienten las competencias que le vienen asignadas, cuanto a la permeabilidad que las técnicas administrativas *soft* tienen en nuestra autoridad laboral, derivada del dominio de una nueva cultura administrativa en el ejercicio de sus tradicionales funciones, sobre la premisa de un pragmatismo que se concibe de superior eficacia en el terreno de su impacto real sobre

⁴⁷ Gómez Caballero, P., El papel de las Administraciones Públicas en la prevención de riesgos laborales, en el presente número monográfico de la Revista, pp. 115 y ss.

⁴⁸ Sáez Lara, C., Administración Pública y procedimientos de solución de conflictos laborales, en el presente número monográfico de la Revista, pp. 379 y ss.

las decisiones empresariales de gestión de las relaciones laborales. Baste, así, mencionar a título de ejemplo, ciertas indicaciones o recomendaciones recibidas por los Inspectores de Trabajo orientadas a lograr ciertos objetivos más sobre la base de las recomendaciones de corrección a las direcciones de las empresas en lugar de un ejercicio intenso de las facultades sancionatorias que le permite la legislación laboral.

Ejemplo particularmente significativo en este terreno de las actuaciones administrativas *soft* se presenta a resultas de las reformas introducidas en las funciones y facultades atribuidas a la autoridad laboral en el desarrollo de los procedimientos de despidos colectivos⁴⁹. Ya pergeñamos en el apartado anterior en relación con las finalidades que ahora se le atribuyen, una vez suprimida la hasta ahora tradicional autorización administrativa.

Se contemplan obligaciones por parte de la empresa informativas del contenido de la regulación de empleo, precisando causas determinantes de la misma y su alcance; información que se le debe proporcionar en paralelo al inicio del procedimiento de consultas con la representación de los trabajadores. Recibida la comunicación, la autoridad laboral lo comunicará a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabará, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los extremos de la comunicación a que se refiere los párrafos anteriores y sobre el desarrollo del período de consultas. La autoridad laboral velará por la efectividad del periodo de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes, que no supondrán, en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedimiento. La autoridad laboral dará traslado a ambas partes de los escritos que contengan dichas advertencias o recomendaciones, aun cuando se dirijan a una de ellas en particular. Los representantes de los trabajadores podrán dirigir en cualquier fase del procedimiento observaciones a la autoridad

⁴⁹ Monereo Pérez, J. L., La intervención administrativa en los despidos colectivos, en el presente número monográfico de la Revista, pp. 261 y ss.

laboral sobre las cuestiones que estimen oportunas. La autoridad laboral, a la vista de las mismas, podrá actuar conforme a lo indicado en el párrafo anterior. El empresario deberá responder por escrito a la autoridad laboral, antes de la finalización del periodo de consultas, sobre las advertencias o recomendaciones que le hubiere formulado esta. De dicho escrito el empresario trasladará copia a los representantes legales de los trabajadores.

La autoridad laboral podrá realizar durante el periodo de consultas, a petición de cualquiera de las partes, o por propia iniciativa, actuaciones de asistencia. En especial, podrá dirigir a las partes propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento y, en su caso, sobre el contenido e implantación del plan de recolocación externa, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa. La autoridad laboral podrá igualmente, con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo, realizar actuaciones de mediación a petición conjunta de las partes. Las actuaciones de mediación y asistencia a que se refiere este apartado y el anterior podrán ser realizadas por la autoridad laboral con la asistencia y apoyo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Complementariamente a ello se prevé la elaboración del correspondiente informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. El informe deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas, y quedará incorporado al procedimiento. El informe versará sobre los extremos de dicha comunicación y sobre el desarrollo del periodo de consultas de acuerdo con lo establecido en los apartados siguientes. El informe constatará que la documentación presentada por el empresario en relación con las causas del despido se ajusta a lo exigido legalmente. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social informará cuando compruebe que concurre fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo adoptado en el periodo de consultas. Además, si considerase que el acuerdo tiene por objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo por parte de los trabajadores, así se hará constar en el informe, para su

valoración por la entidad gestora de las prestaciones por desempleo. El informe constatará la inclusión del resto de los extremos exigidos legalmente, en especial verificará que los criterios utilizados para la designación de los trabajadores afectados por el despido no resultan discriminatorios. Asimismo, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social deberá informar sobre el contenido de las medidas sociales de acompañamiento que se hayan podido prever y, en especial, comprobará que las empresas obligadas a ello han presentado el plan de recolocación externa exigido legalmente.

En resumen, a la vista de lo descrito previamente, nos situamos en el ámbito de todo ese tipo de técnicas de intervención *soft* de la Administración Laboral, donde ciertamente desarrolla labores relevantes de propiciar una mayor efectividad del período de consultas de apoyo a las representaciones sindicales y empresariales en clave de asesoramiento y mediación; incluso, a veces, en funciones más clásicas de vigilancia por el efectivo cumplimiento de las exigencias legalmente impuestas y control del respeto a los derechos legítimos de los trabajadores. Eso sí, siempre dejando al margen el otorgamiento de estrictas facultades resolutorias por parte de la Administración, que les permitan ordenar conductas específicas a las partes, impedir de manera directa comportamientos ilegales o paralizar por propia decisión actuaciones indebidas. Reiteradamente se precisa que la autoridad laboral no podrá paralizar el período de consultas, ordenar el desarrollo del procedimiento de determinada forma, o bien bloquear la decisión extintiva empresarial. A lo más que se le permite es a remitir las presuntas ilegalidades a la autoridad judicial a los efectos de iniciar el procedimiento de oficio. En suma, todo ello, en clave de estas nuevas técnicas *soft* en el ámbito de la actuación de la autoridad laboral.

8 EL ACTUAL ABANICO DE FUNCIONES Y COMPETENCIAS DE LA ADMINISTRACION LABORAL

Comoquiera que de la precedente descripción del proceso evolutivo de cambio de las funciones de la Administración laboral puede derivarse un proceso progresivo, lento pero igualmente intenso, de supresión de ciertas competencias, de eliminación de ciertas facultades, podría deducirse de ello que lo que resta no son sino meros residuos de poca relevancia. Dicho de otro modo, que por vía de eliminación sucesiva de instrumentos de actuación a la autoridad laboral, su papel queda como meramente residual o simbólico dentro de nuestro actual sistema de relaciones laborales. Sin embargo, nada más lejos de nuestra comprensión del contexto actual pretender transmitir esa conclusión. Por el contrario, sin desmerecer de la importante disminución en los instrumentos fuertes de intervención y de eliminación de algunos de los más clásicos, el rol de tutela de los intereses generales de la comunidad pervive, la funcionalidad de mediación y de influencia a efectos de una ordenada gestión de las relaciones laborales se mantiene y la voluntad de continuar siendo un protagonista significativo del sistema de relaciones laborales sigue presente. Diferente es que se hayan alterado las intensidades de intervención y, sobre todo, que ahora prevalezcan otras técnicas de actuación frente a las más tradicionales.

La forma más ilustrativa de presentar ese otro panorama de contrapeso no es otra que la de enumerar el conjunto de facultades que se les atribuyen a la Administración laboral hoy en día, sucesivamente descritas en función de la intensidad de su intervención. Tal enumeración permite efectuar el siguiente listado de intervenciones.

En primer lugar, se encuentran las funciones registrales formales o de mera recepción de información. Como tales, no comportan ninguna competencia decisoria por parte de la Administración, pues la misma se limita a tomar nota automática y reglada de lo que se

transmite, sin capacidad discrecional de ningún tipo. No obstante ello, la información recibida siempre puede ser empleada para efectuar un control material de la situación de fondo y, con ello, dar pie a intervenciones de otro tipo. Entre estas funciones registrales se podrían mencionar las siguientes: apertura, reforma y cierre de centro de trabajo (art. 1.5 ET); contratos celebrados, prórrogas y extinciones (art. 16.1 ET); copia básica del contrato de trabajo (art. 8.3 ET); realización de trabajo nocturno (art. 36.1 ET); comunicaciones en materia de seguridad laboral (Ley de Prevención de Riesgos Laborales); promociones elecciones representación en la empresa (art. 67.1 ET); extinciones de mandatos representativos (art. 67.5 ET); iniciación negociación colectiva (art. 89.1 ET); preaviso de huelgas⁵⁰; notificación decisiones cierre patronal⁵¹.

En segundo lugar, cabría identificar las que denominaríamos funciones registrales sustanciales, en el sentido de que la obligación de depósito ante la Administración pública de determinada documentación se convierte en requisito legal necesaria para la adquisición de determinada posición jurídica o validez jurídica de cierto tipo de actos. En algunos de estos casos, el registro sí que puede dar paso a un control indirecto de la legalidad de lo que se presenta para registro. Entre estas otras funciones registrales materiales cabe citar: el depósito estatutos sindicales como requisito para la adquisición de personalidad jurídica⁵²; el registro de las actas electorales de la representación estatutaria (art. 75.7 ET); el registro y publicación del convenio colectivo como requisito para la eficacia vinculante *erga omnes* del mismo (art. 90.2 ET).

En tercer lugar, competencias de advertencia y recomendación frente a posibles incumplimientos de la legalidad. Se trata de intervenciones por medio de las cuales la Administración Pública efectúa un control del cumplimiento de las exigencias impuestas a

⁵⁰ Art. 3.3 Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo.

⁵¹ Art. 13.1 Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo.

⁵² Art. 4.1 Ley Orgánica de Libertad Sindical.

las empresas por la normativa laboral, de modo que si la Administración aprecia algún tipo de irregularidad se lo comunica así a los efectos de su corrección por parte de los afectados, si bien la Administración formalmente no ostenta la capacidad de declarar como tal poder público la ilegalidad de la conducta o prefiere no hacerlo por estimar más oportuna una intervención inicialmente más suave. Ejemplos de ello lo encontramos en las actas de advertencia de la Inspección de Trabajo, control de los estatutos sindicales y de lo pactado en convenio colectivo, control de los procedimientos de despidos colectivos⁵³.

En cuarto lugar se encontrarían las facultades certificadoras por parte de la Administración Pública, por medio de la que se da fe pública de determinada información que consta en las bases de datos de la Administración pública. Se trata de una certificación no menor, por cuanto que la misma puede provocar indudable efectos jurídicos para quien recibe la pertinente certificación. Entre ellas citar la certificación positiva o negativa de descubierto del cumplimiento de obligaciones de cotización a la Seguridad Social a efectos de exoneración de responsabilidades en materia de contrata y subcontratas de obras y servicios (42.1 ET); también pertenece a esta categoría la certificación de capacidad representativa de las organizaciones sindicales a efectos de determinar el ejercicio por ellas de todo un cúmulo de facultades de acción sindical (art. 75.7 ET).

En quinto lugar, las comprobaciones administrativas de las declaraciones responsables por parte de ciertas empresas a través de las cuales las mismas afirman y garantizan cumplir los requisitos legalmente exigidos para desarrollar determinadas actividades. Es el caso prototípico de la actuación propia de las agencias de colocación, a las cuales se le exigen requisitos varios para desplegar la actividad de intermediación respeto del principio de igualdad, desarrollo de planes específicos de colocación a grupos

⁵³ Art. 10 Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre (BOE 30 de octubre), por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

con especiales dificultades, respeto a la intimidad y dignidad de los trabajadores, suficiencia de medios electrónicos, cumplimiento normativa laboral y de Seguridad Social, cumplimiento con la normativa de accesibilidad universal, remisión de información periódica de su actividad. Si a resultas de las comprobaciones que le corresponde realizar a la autoridad laboral, como consecuencia de la presentación de la declaración responsable, se constatare la presencia de inexactitud o falsedad en cualquier dato, manifestación o documento, de carácter esencial, que se hubiera acompañado o incorporado a la declaración responsable, la Administración laboral ostenta la competencia de acordar la imposibilidad de continuar con la actividad como agencia de colocación, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiere lugar⁵⁴.

En sexto lugar se sitúan las facultades autorizantes. Autorización administrativa que, en la dimensión clásica de la intervención administrativa, comporta, de un lado, la capacidad de control por parte de la Administración del cumplimiento de una serie de requisitos legales precisados legalmente, y, de otro lado, vinculado a lo anterior la ampliación de la esfera jurídica de actuación del sujeto autorizado, de la que carece sin dicha autorización. Como ejemplos típicos de ello cabe identificar la autorización para el funcionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal⁵⁵; permisos de trabajo de los extranjeros, si bien sobre el recordatorio de que su ausencia no determina en ningún caso la nulidad del contrato de trabajo celebrado entre las partes⁵⁶; trabajo de menores en los espectáculos públicos, tanto para los asalariados como para los autónomos⁵⁷; suspensiones de la relación laboral, reducciones de jornadas y despidos colectivos fundados en causa de fuerza mayor (art. 47.3 y 51.7 ET).

⁵⁴ Art. 21 bis Ley de Empleo, conforme al RDL 8/2014, de 4 de julio (BOE 5 de julio).

⁵⁵ Art. 2 Ley de Empresas de Trabajo Temporal.

⁵⁶ LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social Ley extranjería

⁵⁷ Art. 6.4 ET y art. 9.2 Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo.

En séptimo lugar, las facultades arbitrales obligatorias, como son las relativas a los procedimientos de inaplicación de condiciones pactadas en los convenios colectivos (art. 82.3 ET) o las derivadas de huelgas con grave perjuicio a la economía nacional⁵⁸.

En octavo lugar, las facultades de ordenación y conformación de derecho. Nos referimos a actuaciones de la autoridad laboral en las que ejerce facultades decisorias, que dan lugar a fijación de derechos para las partes o bien de límites para las mismas en el ejercicio de ciertas facultades. Ejemplo de ello serían las siguientes: extensión de convenios colectivos (art. 92.2 ET); fijación de servicios mínimos en huelgas que afectan a servicios esenciales⁵⁹; reapertura del centro de trabajo tras el cierre patronal⁶⁰; fijación fiestas anuales (art. 37.2 ET).

En noveno lugar se encontrarían determinadas intervenciones en el campo de la colaboración con la Administración de Justicia, como serían los casos de iniciación procedimientos de oficio, sean frente a incumplimientos de la empresa en los que se aprecien perjuicios económicos para los trabajadores afectados, que comporten tratamientos discriminatorios, de control de legalidad de los procedimientos de suspensión de las relación laboral, reducción de jornada y de despidos colectivos, en los que se discuta el carácter laboral de una relación contractual, en los procesos de conflictos colectivos, así como de los convenios colectivos⁶¹; informes de la Inspección de Trabajo en materia de clasificación profesional⁶²; en materia de accidente de trabajo o de enfermedad profesional⁶³; informes de la autoridad laboral al Juez en caso de regulaciones de empleo de empresas declaradas en concurso ⁶⁴ ; remisión

⁵⁸ Art. 10 Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo.

⁵⁹ Art. 10 Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo.

⁶⁰ Art. 14 Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo.

⁶¹ Arts. 148, 158 y 163 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

⁶² Art. 137 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

⁶³ Art. 95.3 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

⁶⁴ Art. 64.6 Ley Concursal.

expedientes al Ministerio fiscal; comunicación alzamiento de bienes; identificación bienes a efectos de embargo.

Finalmente, las facultades sancionadoras, que pueden consistir en sanciones económicas⁶⁵; cierre del centro de trabajo ante riesgos graves e inminentes de accidentes de trabajo⁶⁶; suspensión de actividades autorizadas de las empresas de trabajo temporal⁶⁷; la suspensión para las agencias de colocación que incumplan los requisitos legales exigidos para el desarrollo de su actividad ocultando o falseando datos en su inicial declaración responsable⁶⁸.

9 VALORACIONES CONCLUSIVAS

A la luz del análisis precedente se aprecia, ante todo, una profunda transformación de la intervención de la Administración Pública en el ámbito de las relaciones laborales a resultas de la evolución verificada en las últimas décadas. A estos efectos la aprobación de la Constitución Española de 1978, unido a la integración en la Unión Europea, constituye un punto de arranque decisivo en un importante cambio cualitativo en la funcionalidad y orientación del papel de la autoridad laboral tanto en el ámbito de lo individual como de lo colectivo en las relaciones laborales. Especialmente palpable a primera vista es el indiscutible repliegue de la intensidad de la actuación de la autoridad laboral, que se materializa por medio de sucesivas reformas legislativas. Las causas determinantes de este repliegue son variadas, pero entre ellas sobresale el necesario respeto a la separación de poderes en el marco de un Estado de democrático Derecho, a la necesaria garantía por parte de los poderes públicos de los derechos fundamentales y libertades públicas, el reconocimiento y fomento de la autonomía colectiva, la

⁶⁵ Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

⁶⁶ Art. 21.3 Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

⁶⁷ Ley de Empresas de Trabajo Temporal.

⁶⁸ Art. 21 bis de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre (BOE 17 de diciembre), de empleo, conforme a la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio (BOE 5 de julio).

extensión del impacto de la libertad de empresa sobre las relaciones laborales, así como los cada vez más intensos requerimientos de flexibilidad empresarial para adaptarse a las exigencias de una economía abierta y globalizada.

A pesar de ello, el precedente repliegue no comporta aproximación a los modelos propios de la cultura anglosajona, que se diseñan sobre una ausencia de protagonismo de la Administración en el desenvolvimiento de las relaciones laborales, sino que nos mantenemos dentro de la lógica de los países de la Europa continental, donde se le atribuye a la autoridad laboral un protagonismo destacado en el funcionamiento de las relaciones laborales. El propio texto constitucional encomienda a los poderes públicos un papel activo de prestación de servicios públicos, de garante del Estado social, de tutelador de intereses generales de la comunidad, de responsable de la consecución de un ambiente propicio para el logro de la paz social, entre otros, que determinan que la Administración laboral ha de continuar siendo un actor influyente en la gestión de las relaciones laborales.

El mencionado repliegue lo que provoca es que se deje de intervenir a través de determinados instrumentos más clásicos o tradicionales, como son los propios de las autorizaciones administrativas previas, de adopción de resoluciones administrativas vinculantes para los trabajadores y empresarios, así como para sus representantes. Incluso puede suponer que se retire en ciertos ámbitos para otorgar un mayor protagonismo a las representaciones colectivas de trabajadores y empresarios. Sin embargo, las funciones propias de la Administración Pública no desaparecen en el ámbito de las relaciones laborales, incluso concurren razones de peso para justificar que sean más relevantes que las que puedan concurrir en otros ámbitos de las relaciones sociales.

Lo que se percibe sobre todo es un cierto cambio en las técnicas de actuación, los métodos o procedimientos a través de los cuales actúa la Administración Pública para el logro de los fines que tiene encomendados en la gestión de las relaciones laborales.

Así, en muchas ocasiones, lo que se aprecia es la emergencia de técnicas que, de manera simplificada, hemos denominado de intervención “*soft*” de influencia sobre las conductas de las partes privadas. Se van extendiendo, de este modo, con mayor profusión intervenciones administrativas que, sin adoptar decisiones impositivas sobre el comportamiento de trabajadores y empresarios, acaben condicionando éstos: se incrementan las exigencias de información a la autoridad laboral que implican exigencias de transparencia y seguridad jurídica; se imponen procedimientos de relación permanente entre empresas y Administración con vistas a garantizar el cumplimiento de los estándares legales; se transmiten recomendaciones de actuación a las partes con vistas al logro propio de las finalidades últimas perseguidas por la presencia de la Administración en el ámbito de las relaciones laborales; se suministra asesoramiento técnico para un mejor cumplimiento de las exigencias legales; se ponen a disposición de las partes los medios personales y materiales de la Administración a efectos de desarrollar tareas de mediación en la solución de las discrepancias entre las mismas; se ofrecen incentivos económicos con vistas a fomentar una mayor calidad en el empleo o una mayor presencia en el mercado de trabajo de los grupos sociales que presentan mayores hándicaps en su inserción laboral.

Ahora bien, conviene advertir que el fenómeno anterior se presenta esencialmente como complementario respecto de las técnicas más tradicionales de actuación por parte de la Administración laboral, pero en ningún caso comportan eliminación o sustitución de los métodos más clásicos de intervención administrativa. Puede suceder que el ejercicio de la potestad sancionadora de la autoridad laboral no ostente el papel central, destacado y prevalente que poseía en sus orígenes. Sin embargo, en modo alguno supone que tales facultades pierdan la fuerza y mucho menos la legitimidad que ha desplegado desde los inicios de la presencia de la Administración en el ámbito de las relaciones laborales. No es sólo que la legislación reguladora de las infracciones y sanciones en el orden social mantenga su papel institucional clave, que por añadidura se ha ido perfeccionando técnicamente en los últimos

años, sino que sigue siendo imprescindible para el convencimiento a sus destinatarios del efectivo cumplimiento de las obligaciones y deberes que le vienen impuestos por la legislación laboral. Por decirlo de otro modo, la *auctoritas* que precisa la autoridad laboral para el logro de los objetivos perseguidos por la vía de las técnicas *soft* sólo la puede ostentar y desplegar en la medida en que conserve los poderes fuertes de *imperium* público, que se manifiestan ante todo de forma emblemática por la vía del mantenimiento de un potente poder sancionador administrativo.

Por lo demás, cuando la actuación de la Administración Pública viene fundada en la tutela por parte del poder público de intereses generales de la comunidad en modo alguno es posible que el juego de las técnicas *soft* suponga el más mínimo retraimiento de la autoridad laboral en el ejercicio de su poderes fuertes de imposición de conductas o sanción de las mismas a las partes que ponen en riesgo tales intereses generales. Destáquese al efecto las responsabilidades que ostenta la Administración en la garantía de los servicios esenciales de la comunidad en las que, sin perjuicio del desarrollo de procedimientos de diálogo social con las partes implicadas y el establecimiento de protocolos de actuación, la misma no puede hacer dejación de sus obligaciones de garantía del mantenimiento de tales servicios esenciales durante el desarrollo de las correspondientes huelgas.

En otra vertiente se aprecian igualmente cambios en las técnicas de actuación respecto de la gestión de los servicios públicos conectados con las relaciones laborales, como son especialmente los relativos a intermediación en el mercado de trabajo, formación y reciclaje profesional, así como prevención de riesgos laborales. En este ámbito frente a un modelo inicial de monopolio de titularidad de la Administración laboral en la gestión de tales servicios, se pasa a una liberalización de las actividades permitiendo que también la iniciativa privada pueda actuar en dicho ámbito incluso como oportunidad de negocio, incluso desembocando en ciertas ocasiones en modelos de gestión privada de tales servicios públicos con lo que ello comporta de financiación pública de la actividad desarrollada por las correspondientes entidades privadas con

finalidad de lucro. Eso sí, esta transformación en la comprensión por parte de la Administración del papel a desplegar por la iniciativa privada, no comporta en modo alguno eliminación o sustitución de la autoridad laboral por la entidades privadas. Supone, una vez más, tan sólo modificación de las técnicas de actuación de la Administración laboral. Ésta sigue teniendo encomendada la responsabilidad de garantía del correcto funcionamiento de unos servicios a trabajadores y empresarios que siguen conservando su naturaleza jurídica de servicios públicos a todos los efectos. Lo que sucede es que las funciones y objetivos encomendados a la autoridad laboral se articulan a través de otras técnicas diferentes a la gestión directa por la misma de tales servicios públicos: información y control, asesoramiento y vigilancia, etc. Más aún, cuando menos hasta el momento presente, se aprecia cómo la expansión de la penetración de la iniciativa privada en la gestión de estos servicios no es universal en lo subjetivo ni en lo funcional, de modo que hay determinadas actividades de tales servicios que siguen no siendo atractivas o rentables para las entidades privadas, conservando la Administración la responsabilidad de su prestación a la ciudadanía y, por tanto, la obligación de su gestión directa. Incluso en ocasiones dicha gestión directa viene impuesta como obligatoria, más allá de la rentabilidad económica, por afectar a colectivos especialmente sensible o bien por entrar en juego principios de actuación pública que hacen poco oportuna la intervención del sector privado.

Finalmente, conviene indicar que, al margen de la utilización de unas u otras técnicas o métodos de actuación por parte de la Administración laboral, lo que se está apreciando en los últimos tiempos como especialmente preocupante es la enorme dificultad para lograr una actuación eficaz de la intervención administrativa para el logro de una gestión adecuada del mercado de trabajo y de las relaciones laborales. Se trate de la utilización de facultades de *imperium* o se trate de la propensión al empleo de técnicas *soft*, el gran problema es el de la eficacia de la traslación de los estándares legales a la realidad de las empresas. En particular, unas y otras técnicas muestran insuficiencias prácticas para atajar la fuerte presencia del empleo irregular en nuestro mercado de trabajo, la

generalización del uso indebido de la contratación temporal para situaciones no previstas legalmente, irregularidades materiales en materia de prevención de riesgos laborales, etc.

Incluso estas dudas de eficacia no dejan de suscitarse en relación con ciertas técnicas de incentivos económicos, por la vía de bonificaciones en las cotizaciones sociales o similares, donde no dejan de sobrevolar dudas acerca de su impacto real, de su influencia material sobre la evolución del mercado de trabajo, tanto por el posible peso muerto como por el previsible efecto desplazamiento de las mismas. Posible peso muerto por cuanto que los incentivos contemplados parece que en ocasiones no influyen con efectividad sobre la decisión empresarial de incremento neto del empleo en la empresa y en el mercado de trabajo, ya que tal decisión de contratación se adopta con carácter previo y atendiendo exclusivamente a las necesidades adicionales de mano de obra a resultas de un incremento de la demanda de sus productos o servicios por el mercado y, en sentido negativo, siendo irrelevante el hecho de que, además, por ello se obtenga una temporal bonificación en las cotizaciones sociales. Ni siquiera las medidas parece que propicien la preferencia empresarial por la contratación indefinida, en cuanto que el compromiso que le viene a ser exigido de mantenimiento del empleo siempre es limitado en el tiempo, seis meses con las últimas medidas, manifestándose en los resultados estadísticos de forma recurrente que los contratos bonificados acaban siendo menos estables que los que se celebran sin tales incentivos. Igualmente sobrevuela la incertidumbre acerca del posible efecto desplazamiento, en el sentido de que este tipo de medidas dan lugar a reiteradas sospechas de que están provocando un resultado meramente sustitutivo de unos demandantes de empleo por otros; por tanto, un efecto desincentivador de la contratación laboral de los grupos no incluidos dentro de los identificados como destinatarios de las medidas; por ejemplo, en esta ocasión, los riesgos de colocar en situación de mayor desventaja a aquellos jóvenes con mayor preparación profesional o que por ser más responsables mantienen los correspondientes esfuerzos formativos.

Pravna in vsebinska vprašanja prenove kolektivnih pogodb

Legal and substantive issues regarding the renovation of collective agreements

Katarina Kresal Šoltes*

EMPLOYEES & EMPLOYERS (DELAVCI IN
DELODAJALCI)

Volume 14 (2014), issue 2-3, pp. 287-305

1 Uvod

V okviru reforme trga dela se daje velik pomen tudi sistemu kolektivnega pogajanja. Sistem kolektivnega pogajanja namreč dopolnjuje državno regulacijo trga dela. To je ena od skupnih značilnosti evropskih industrijskih razmerij in je lahko tudi ena od ključnih konkurenčnih prednosti v pogojih globalnega gospodarstva. Poleg tega igrajo kolektivne pogodbe pomembno vlogo za delavce, saj jim omogočajo bolj uravnoteženo, pošteno in pravično sodelovanje v globalni ekonomiji.¹ Nenazadnje je pravica do včlanjevanja v sindikate in do kolektivnega pogajanja *temeljna človekova pravica*, priznana v številnih dokumentih OZN, MOD,

* Katarina Kresal Šoltes, doktorica pravnih znanosti, namestnica direktorja Inštituta za delo pri Pravni fakulteti v Ljubljani (katarina.kresal@pf.uni-lj.si) - Katarina Kresal Šoltes, PhD, Deputy Director at the Institute for Labour Law at the Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia

¹ Hayter Susan, 2011. Conclusion, v: The Role of Collective Bargaining in The Global Economy, ILO, str. 305

Sveta Evrope, prava EU in 76. členu slovenske ustave, kar od zakonodajalca, vlade in drugih državnih organov kot tudi od socialnih partnerjev terja, da sistem kolektivnih pogodb uredijo in izvršujejo *v skladu z ratificiranimi mednarodnimi standardi*. Povedano velja tudi za kakršnekoli morebitne spremembe veljavne pravne ureditve in prakse.

Uvodoma je treba izpostaviti, da se Slovenija po **indikatorjih uspešnosti socialnega dialoga še vedno uvršča v sam vrh evropskih držav**; tako po pokritosti zaposlenih s kolektivnimi pogodbami, deležu včlanjenih delavcev in podjetij v sindikalne in delodajalske predstavniške organizacije, institucionalizaciji socialnega dialoga in drugih kazalcih, na podlagi katerih Slovenija močno presega povprečje EU-15 in EU-27 in je primerljiva z državami kot so Danska, Švedska, Finska, Avstrija, Belgija, Nemčija, Francija idr.² Nedvomno je v zadnjih dvajsetih letih sistem kolektivnega pogajanja v Sloveniji prispeval k stabilnosti industrijskih razmerij in stanje na slovenskem trgu dela tudi v času krize bi bilo še precej slabše, če ne bi imeli razvitega sistema kolektivnega pogajanja tako na nacionalni, panožni kot tudi podjetniški ravni.

Menim, da veljavna zakonodaja, ki ureja sistem kolektivnega pogajanja, v glavnem zagotavlja ustrezne pravne podlage za njegov nadaljnji razvoj v skladu z mednarodnimi konvencijskimi standardi, zato sistemskih zakonskih sprememb na tem področju zaenkrat ne potrebujemo, niti jih ne zahteva stroka niti socialni partnerji, vsaj kar zadeva zasebni sektor. Ureditev kolektivnega pogajanja v javnem sektorju potrebuje določene popravke, kar pa ni predmet tega prispevka.³

² Kresal Šoltes Katarina, 2014. Temeljna izhodišča in metodologija, v: Vodnik po sporazumih evropskih socialnih partnerjev z vidika vsebin za kolektivna pogajanja; Kresal Šoltes Katarina (ur.), Inštitut za delo pri Pravni Fakulteti v Ljubljani, ZSSS, Ljubljana, str. 7; Evropska komisija, Industrial Relations in Europe 2012, str. 21-28.

³ Že v tem letu bi moral zakonodajalec po odločbi ustavnega sodišča na novo urediti kvorum za veljavno sklepanje kolektivne pogodbe za javni sektor. Na ustavno spornost zakonske ureditve kvoruma po ZSPJS sem opozarjala že ob uveljavitvi zakonske novele ZSPJS-O v letu 2010, kar

Temeljni predpis, ki je *celovito uredil in prenovil sistem kolektivnega pogajanja* pri nas, je bil v letu 2006 sprejeti Zakon o kolektivnih pogodbah (ZKoIP; Ur. l. RS, št. 43/06). Ta zakon je dosledno uveljavil načelo prostovoljnosti in svobode sklepanja kolektivnih pogodb na vseh ravneh (nacionalni, panožni in podjetniški). Glede veljavnosti kolektivnih pogodb je določil kombinirana pravila: na strani delodajalcev samo po članstvu pri podpisniku, na strani delavcev pa velja splošna veljavnost za vse delavce, ne glede na njihovo sindikalno organiziranost, če je podpisnik reprezentativni sindikat, sicer pa prav tako na podlagi članstva v sindikatu podpisniku. Možnost razširjene veljavnosti kolektivnih pogodb tudi na delodajalce, ki niso člani podpisnikov, je zakonsko omejena samo na zahtevo samih pogodbenih strank ob zakonsko določenih pogojih. Temeljno načelo *in favorem* (da se s kolektivno pogodbo lahko urejajo pravice za delavce samo ugodneje od zakona in od kolektivne pogodbe višje ravni) je omejeno z izjemami glede dopustnega urejanja pravic *in peius*: s kolektivno pogodbo se sme urejati pravice za delavce tudi slabše od zakona, v primerih, ko zakon tako določa, in lahko tudi slabše od kolektivne pogodbe višje ravni, v primerih in na način, kot to določijo socialni partnerji s kolektivno pogodbo višje ravni (4. in 5. člen ZKoIP v zvezi z 9. členom ZDR-1).

Možnost omejene derogacije zakonsko določenih pravic s kolektivno pogodbo in decentralizacije kolektivnega pogajanja na nižje ravni veljavna pravna ureditev omogoča. Koliko pa se te možnosti v praksi realizirajo, je odvisno od pogodbene volje samih socialnih partnerjev.

V letu 2013 sprejeti novi Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1, Ur. l. RS, št. 21/13, 78/13-popr.) naj bi po stališču predlagatelja zakona še bolj na široko odprl socialnim partnerjem možnosti za derogiranje zakonske ureditve in s tem večjo fleksibilnost, prav tako pa naj bi

je dve leti kasneje ugotovilo tudi Ustavno sodišče RS z odločbo U-I-249/10 z dne 15.3.2012 (glej: Kresal Šoltes K., Oblastni posegi v kolektivna pogajanja, Delavci in delodajalci št. 4/2010, str. 567-571, 578-586).

tudi okrepil moč in vlogo socialnih partnerjev. Temeljnih načel sistema kolektivnega pogajanja ZDR-1 sicer ni spreminjal. Je pa določil več novih primerov, ko je derogacija zakonskih pravic s kolektivnimi pogodbami dovoljena in dopolnil pravila o splošni veljavnosti kolektivnih pogodb (prvi odstavek 11. člena ZKoliP). Prvič doslej je namreč uvedel možnost veljavnosti določb kolektivnih pogodb dejavnosti tudi samo za člane sindikatov tudi kadar so podpisniki reprezentativni sindikati in sicer pod pogojem, če tako določijo socialni partnerji in če gre za pravice, ki niso urejene v zakonu (prehodna določba 224. člena ZDR-1). Na tem mestu bi napotila na članek, ki sem ga predstavila na lanskoletnih XII. Dnevh delovnega prava in socialne varnosti z naslovom »*Urejanje pravic v kolektivnih pogodbah in vloga sindikatov po novem Zakonu o delovnih razmerjih*«, ⁴ v katerem sem obravnavala več vprašanj glede posega nove delovne zakonodaje v veljavni sistem kolektivnega pogajanja in sicer: (1) možnost derogiranja, in peius, minimalnih delovnih standardov s kolektivnimi pogodbami, (2) zakonsko odkazovanje urejanja pravic s kolektivnimi pogodbami, (3) možnost urejanja pravic samo za člane sindikatov, (4) pristojnosti sindikatov v postopkih pri delodajalcu ter (5) prehod na novo zakonsko ureditev glede na ugodnejše določbe iz veljavnih kolektivnih pogodb. Pričujoči članek je nadaljevanje omenjenega članka, v katerem sem zapisala, da bo šele po določenem času mogoče oceniti, ali so omenjene novosti ZDR-1 dejansko okrepile socialne partnerje in spodbudile mehanizme kolektivnega pogajanja na ravni podjetij in dejavnosti.

⁴ Kresal Šoltes, Katarina. Delavci in delodajalci št. 2013/2-3, str. 237 – 255.

2 DECENTRALIZACIJA KOLEKTIVNEGA POGAJANJA NA NIŽJE RAVNI

2.1 Namen in učinki decentralizacije

Decentralizacijo kolektivnega pogajanja in prenos težišča na podjetniško raven, ker naj bi centralizirani sistemi z nacionalnimi in panožnimi kolektivnimi pogodbami zaviralno delovali na fleksibilnost plač in drugih stroškov dela, s tem pa na konkurenčnost podjetij, tradicionalno zagovarja neoliberalistična ekonomska doktrina. Zato ta doktrina zagovarja ukrepe za deregulacijo sistema kolektivnega dogovarjanja (zlasti s krčenjem pokritosti zaposlenih s kolektivnimi pogodbami) ter ukrepe za decentralizacijo sistema. Takšna stališča vsebujejo tudi dokumenti OECD in Svetovne banke, resda nekoliko bolj pazljivo, zlasti v zadnjih letih.⁵

Ocene, da »slovensko gospodarstvo ni dovolj konkurenčno, ker je visoko obremenjeno s stroški dela in ker je trg delovne sile preveč tog«, k čemer naj bi »prispeval tudi veljavni sistem kolektivnih pogajanj«, navajajo v svojih dokumentih tudi slovenske institucije kot sta UMAR in ministrstvo, pristojno za delo.⁶ S temi stališči se ne morem strinjati, kar utemeljujem s pravnimi in ekonomskimi argumenti:

- ker povsem ignorirajo mednarodne konvencijske standarde, ki jih mora Slovenija upoštevati glede ureditve sistema kolektivnih pogodb na podlagi zavezujočih ratificiranih konvencij MOD, Sveta Evrope in OZN – glavna obveznost države, ki izhaja iz teh dokumentov je, da mora spodbujati in ne zavirati vlogo

⁵ Prim. OECD: The OECD Job study (1994); OECD: Employment Outlook: Boosting Jobs and Incomes (2006), str. 88 (Hayter Susan, 2011, str. 7-9).

⁶ Povzeto iz: Izhodišča za systemske spremembe Zakona o delovnih razmerjih, Ministrstvo za delo, družino in socialne zadeve, april 2011, str. 1.
http://www.mddsz.gov.si/nc/si/medijsko_sredisce/novica/article/1966/6838/

sindikalnih in delodajalskih organizacij ter se vzdržati oblastnih intervencij v svobodo sklepanja kolektivnih pogodb na vseh ravneh⁷

- ker novejše ekonometrične ekonomske raziskave ne potrjujejo, da bi večja pokritost s kolektivnimi pogodbami in centralizirani sistem kolektivnega pogajanja negativno vplivala na učinkovitost gospodarstva
- ker je treba upoštevati tradicijo in značilnosti določenega modela trga dela, kamor se po svojih značilnosti umešča posamezna država - ukrepi za decentralizacijo izhajajo iz značilnosti anglosaksonskega modela trga dela, ne pa nordijskega in centralno-evropskega modela (kamor po značilnostih sodi tudi Slovenija).

Stališča neoliberalne doktrine o deregulaciji sistema kolektivnega pogajanja povsem spregledajo, da je kolektivno pogajanje človekova pravica, ki mora biti zagotovljena v skladu z ratificiranimi konvencijskimi standardi. Odbor za svobodo združevanja pri Mednarodni organizaciji dela je v primeru Grčije (ki je z zakonom št. 4023/2011 omejila načelo in favorem, splošno veljavnost kolektivnih pogodb ter na široko odprla vrata decentralizaciji sistema) med drugim že opozoril, da mora država zagotoviti veljavnost vsake sklenjene kolektivne pogodbe in da sistematično favoriziranje decentraliziranega kolektivnega pogajanja z ekskluzivnimi določbami, ki so manj ugodne od določb iz kolektivnih pogodb višje ravni, lahko vodi v splošno destabilizacijo sistema kolektivnega pogajanja in s tem slabljenje svobode kolektivnega pogajanja v nasprotju z načeli iz Konvencij MOD št. 87 in 98.⁸

⁷ Upoštevati je treba, da različne države zavezujejo različni mednarodni standardi glede kolektivnih pogodb. Npr. ZDA večino mednarodnih dokumentov v zvezi s pravico do kolektivnega pogajanja ne zavezuje, ker teh dokumentov s področja človekovih pravic ni ratificirala, medtem ko Slovenijo zavezujejo, tako kot tudi ostale države EU.

⁸ Reports of the Committee on Freedom of Association, 365th Report, case 2820 (Greece), para. 997-998, več v: Kresal Šoltes K., Kršitev

Tudi vedno več novejših raziskav domačih in tujih strokovnjakov ugotavlja in z opravljenimi ekonometričnimi analizami potrjuje, da ne drži stališče neoliberalne ekonomske doktrine o zaviralnih učinkih sistema kolektivnih pogodb na učinkovitost gospodarstva. Ravno nasprotno. Večja pokritost s kolektivnimi pogodbami (zaradi centralizacije sistema, koordinacije na različnih ravneh s strani socialnih partnerjev in institutov za razširjeno veljavnost) ne vpliva na ekonomsko učinkovitost, medtem ko zniževanje pokritosti (zaradi deregulacije sistema) ne izboljša gospodarskih rezultatov, lahko pa prispeva k rasti dohodkovne neenakosti, socialnih motenj in konfliktov.⁹ Fleksibilnost trga dela tudi ni enoten recept za zmanjševanje brezposelnosti, saj različni sistemi za doseganje določenih ciljev (npr. manjše brezposelnosti) uporabljajo različne mehanizme, kar je treba upoštevati pri vsaki posamezni državi.¹⁰ Enako velja tudi glede decentralizacije sistema kolektivnega pogajanja.

Različni modeli trga dela so razvili različne oblike sistema kolektivnega pogajanja. Za nordijski in centralno-evropski model trga dela velja, da je razvil bolj centraliziran sistem kolektivnega pogajanja kot anglosaksonski model. Za anglosaksonski model je namreč značilno, da težišče kolektivnega pogajanja poteka na ravni podjetij, zato tudi načelo in favorem med višjimi in nižjimi ravni kolektivnih pogodb tam nima takega pomena kot na primer v centralno-evropskem kontinentalnem modelu, prav tako tam ne poznajo instituta splošne in razširjene veljavnosti kolektivne pogodbe, kolektivne pogodbe veljajo samo za člane sindikata, zaradi vsega tega pa kolektivne pogodbe ne pokrivajo večjega števila zaposlenih, tako kot na primer to velja za nordijski in

temeljnih socialnih pravic v imenu kriznih varčevalnih ukrepov, Delavci in delodajalci št. 1/2013, str. 17-18.

⁹ Traxler Franz, Brandl Bernd, 2011. The economic impact of collective bargaining coverage, v: The role of collective bargaining in the global economy, ILO, str. 250.

¹⁰ Sturn Simon, 2013. Are corporatist labour markets different? Labour market regimes and unemployment in OECD countries, v: International labour Review, vol. 152 (2013), No. 2, Special issue: European labour markets in economic crisis, , str. 250. str. 237-254.

kontinentalni model in seveda tudi za Slovenijo.¹¹ Zato bi pri nas ukrepi za večjo decentralizacijo lahko učinkovali kot tujki, še toliko bolj, če bi decentralizacija potekala nenadzorovano in brez koordinacije s strani socialnih partnerjev, prisilno na podlagi državne zakonodajne intervencije. Tudi tuji strokovnjaki opozarjajo, da nenadzorovana ali nekoordinirana decentralizacija kolektivnega pogajanja na lokalni ali podjetniški ravni lahko spodkoplje obstoj centralnega ali panožnega kolektivnega pogajanja, kapaciteto socialnih partnerjev ter norm in standardov, dogovorjenih na višjih ravneh kolektivnega pogajanja.¹² Takšna opozorila prihajajo tudi s strani nadzornih organov MOD.¹³

S temi argumenti je treba gledati tudi na po mojem mnenju napačne ocene UMAR in MDDSZ, da je slovenski sistem kolektivnega pogajanja eden od vzrokov za slabšo konkurenčnost slovenskega gospodarstva ter na predloge o večji fleksibilnosti in decentralizaciji sistema, ki bi nas bolj približal anglosaksonskemu modelu kolektivnega pogajanja. Opozarjam na škodljive posledice, ki bi jih imeli taki ukrepi za Slovenijo, kolikor bi povzročili razdrobljenost in slabitev sistema kolektivnega pogajanja, na stabilnost in učinkovitost industrijskih razmerij ter doseženo raven varstva temeljnih človekovih pravic na področju dela. Razen pravnih argumentov pa niti ekonomski argumenti ne govorijo v prid takim ukrepom, saj novejšje ekonometrične analize ne potrjujejo njihovega pozitivnega učinkovanja na gospodarsko učinkovitost.

Zato zahtev iz tujine, da naj Slovenija odločneje nadaljuje z reformo trga dela, domača politika ne bi smela razumeti kot zahtev za interventno uvajanje ukrepov za večjo decentralizacijo sistema

¹¹ Podrobneje o različnih modelih sistema kolektivnega pogajanja v: Kresal Šoltes Katarina, 2011. Vsebina kolektivne pogodbe, Pravni vidiki s prikazom sodne prakse in primerjalnopravnih ureditev. Ljubljana, GV Založba.

¹² Steffen Lehndorff in Thomas Haipeter, 2011. Negotiating Employment Security: Innovations and Derogations, v: The Role of Collective Bargaining in The Global Economy, ILO 2011 str. 32.

¹³ Cit. op. 8.

kolektivnih pogajanj. Tudi zato ne, ker že obstoječi sistem omogoča takšno prakso.

2.2 Možnost decentralizacije kolektivnega pogajanja v slovenski ureditvi

Uvodoma je bilo omenjeno, da veljavni ZKoIP omogoča *decentralizacijo kolektivnega pogajanja na nižjih ravneh in da je od pogodbene volje socialnih partnerjev odvisno, v kakšni meri se te možnosti v praksi uveljavljajo*. Iz drugega odstavka 5. člena ZKoIP izhaja, da se lahko pod pogoji, ki se določijo s kolektivno pogodbo na širši ravni, s kolektivno pogodbo na ožji ravni določijo tudi pravice in delovni pogoji, ki so za delavce drugačni ali manj ugodni od tistih, ki so določeni s kolektivno pogodbo na širši ravni.

Za območje države je v zasebnem sektorju sklenjenih 27 kolektivnih pogodb dejavnosti, od katerih ima 10 razširjeno veljavnost (za dejavnost trgovine, elektroindustrije, kovinskih materialov in livarn, kovinske industrije, cestnega potniškega prometa, kemične in gumarske industrije, gostinstva in turizma, tekstilne in usnjarsko predelovalne industrije, gozdarstva, pridobivanja in predelavo nekovinskih rudnin).¹⁴ Iz analize izhaja, da nekatere kolektivne pogodbe dejavnosti omogočajo odstop od minimalnih delovnih standardov v kolektivnih pogodbah na nižji ravni. Kot glavno varovalko določajo sodelovanje oz. soglasje reprezentativnega sindikata dejavnosti ter utemeljenost razlogov za odstopanje. Praviloma pa ne določajo seznama pravic in obveznosti glede katerih so dovoljena odstopanja od minimalnih standardov niti spodnje ravni možnega odstopanja. Takšne široko odprte klavzule sicer omogočajo veliko fleksibilnost, po drugi strani pa odpirajo vrata za nenadzorovano in nekoordinirano decentralizacijo na ravni podjetij, zlasti v tistih primerih, ko je odstopanje dovoljeno tudi brez pridobitve predhodnega soglasja ali sopodpisa s strani podpisnikov

¹⁴ Velja za stanje v času oddaje članka. Glede trenutnega stanja glej: seznam kolektivnih pogodb na uradnih spletnih straneh MDDSZ.

kolektivne pogodbe višje ravni, ki dovoljuje odstopanje od dogovorjenih minimalnih standardov.

Kolektivna pogodba za dejavnosti pridobivanja in predelave nekovinskih rudnin Slovenije (Ur. l. RS, št. 55/2013) določa, da je odstopanje od minimalnega standarda dovoljeno na podlagi posebnega pisnega sporazuma med reprezentativnim sindikatom pri delodajalcu, reprezentativnim sindikatom na ravni dejavnosti in delodajalcem, zlasti v primerih bistvenega poslabšanja poslovanja v zadnjem letu dni, recesije panoge in v podobnih utemeljenih primerih (drugi odstavek 5. člena). Podobno določa tudi Kolektivna pogodba za papirno in papirno-predelovalno dejavnost (Ur. l. RS, št. 110/2013); odstop od minimalnih standardov je dovoljen na podlagi pisnega sporazuma med reprezentativnim sindikatom in delodajalcem, ob soglasju reprezentativnega sindikata dejavnosti, ki ga pridobi sindikat podjetja, zlasti v primerih bistvenega poslabšanja poslovanja, ki bi lahko ogrozilo obstoj delodajalca, obstoj delovnih mest ali v podobnih utemeljenih primerih, za omejeno časovno obdobje (drugi odstavek 39. člena pogodbe). Kolektivna pogodba dejavnosti bančništva Slovenije (Ur. l. RS, št. 5/2011, 14/2013-priloga, 4/2014) dovoljuje odstopanja od minimalnih standardov na podlagi pisnega sporazuma med sindikom in delodajalcem (pri čemer na podlagi 5. člena te kolektivne pogodbe sindikat pomeni vse reprezentativne sindikate pri delodajalcu in Sindikat bančništva Slovenije, če ga za posamezno zadevo pooblasti reprezentativni sindikat pri delodajalcu) v primerih izrednega poslabšanja poslovanja v zadnje letu dni, ki ogroža pozitivni rezultat delodajalca, predvsem njegovo operativno poslovanje, če to prispeva k ohranitvi delovnih mest pri delodajalcu. Delodajalec ob pobudi za sklenitev sporazuma predloži sindikatu pisno utemeljene razloge, v sporazumu pa se opredelijo čas trajanja in vrsta ukrepov ter morebitna povračila, če z ukrepi pride do začasnega prikrajšanja delavcev pri uresničevanju pravic (6. člen pogodbe).

Odstopanje od minimalnih standardov s podjetniškimi kolektivnimi pogodbami je možno le do višine in glede tistih pravic, ki niso že urejene v zakonu, ni pa dovoljeno od zakonsko določenih minimalnih standardov, razen če to zakon izrecno dovoljuje. Zakon

dovoljuje ne glede na raven kolektivne pogodbe, torej tudi s podjetniško kolektivno pogodbo, odstopanje od zakona glede ureditve enostranskega odrejanja drugega dela (33. člen ZDR-1) in daljšega odpovednega roka, vendar ne daljšega od 60 dni, v primeru redne odpovedi s strani delavca (drugi odstavek 94. člena ZDR-1). Vendar v teh primerih ne govorimo več samo o decentralizaciji, temveč že tudi o derogaciji zakonske ureditve (odstopanju od zakonsko določenih minimalnih standardov).

3 ODSTOPANJE OD ZAKONSKO DOLOČENIH MINIMALNIH STANDARDOV S KOLEKTIVNIMI POGODBAMI

Že prejšnji ZDR je določal možnost derogiranja, in peius, minimalnih delovnih standardov s kolektivnimi pogodbami v omejenih, izrecno določenih primerih. Nov ZDR-1 je dotedanji seznam primerov ohranil ter ga še razširil z novimi primeri.¹⁵ Iz analize kolektivnih pogodb dejavnosti izhaja, da so socialni partnerji že na podlagi prejšnje ureditve večinoma izkoristili možnosti derogacije in peius in tako povečali notranjo in zunanjo fleksibilnost urejanja delovnih razmerij na ravni delodajalca. To še zlasti velja za širitev dopustnih primerov za sklepanje pogodb za določen čas, uvedbo nadurnega dela kot tudi glede možnosti določanja daljših referenčnih obdobj pri razporejanju delovnega časa, ki so jih kolektivne pogodbe podaljšale do skrajnih zakonsko dovoljenih mej. Prav tako je večina kolektivnih pogodb dejavnosti izkoristila možnost ureditve pripravništva s pravico do plače pripravnika v višini 70% plače delavca na takem delovnem mestu in ni zvišala tega zakonskega minimuma, ki omogoča delodajalcem stroškovno nižje zaposlovanje mladih.¹⁶

¹⁵ Pregled možnega odstopanja od zakonske ureditve v: Kresal Šoltes Katarina, 2013/2-3, str. 240.

¹⁶ Podrobneje glej analizo vseh kolektivnih pogodb dejavnosti: Vodnik po sporazumih evropskih socialnih partnerjev z vidika vsebin za kolektivna pogajanja, Inštitut za delo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, 2014. *Publikacija je plod rezultatov »Raziskave kolektivnih pogodb dejavnosti*

Večina kolektivnih pogodb dejavnosti *širi dopustne primere za nadurno delo* tudi ko gre za:¹⁷

- *nepredvideno zmanjšanje ali povečanje obsega dela*: KP obrti in podjetništva, KP cestnega gospodarstva
- *začasno pomanjkanje ali prekinitve surovin in energije*: KP obrti in podjetništva, KP kemične in gumarske industrije, KP kmetijske in živilske industrije, KP gostinstva in turizma, KP nekovinskih rudnin, KP tekstilne-, KP lesarstvo, KP kovinske industrije, KP elektroindustrije in KP kovinskih materialov in livarn
- *nepredvideno začasno povečano odsotnost delavcev z dela*: KP obrti in podjetništva, KP bančništva, KP železniškega prometa, KP premogovništva, KP kemične in gumarske industrije, KP kmetijske in živilske industrije, KP gradbeništva, KP gostinstva in turizma, KP nekovinskih rudnin, KP lesarstva,
- neugodne vremenske pogoje: KP obrt in podjetništva
- remonte, revizije, odpravo okvar, vzdrževanje in meritve v elektrogospodarstvu: KP elektrogospodarstva
- posebnosti kmetijske in živilske industrije (pokvarljivo blago, vremenske razmere): KP kmetijske in živilske industrije
- *redne in/ali izredne inventurne popise*: KP trgovine (39. Člen), KP gostinstva in turizma (38. Člen), KP tekstilne-, KP nekovinskih rudnin (izredne inventure; 34. Člen)
- če predpis, upravni ali sodni akt zahteva, da se dela opravijo v določenem roku: KP gradbenih dejavnosti
- izpolnitev pogodbeno dogovorjenih obveznosti: KP lesarstvo
- izpolnitev nakupno-prodajne obveznosti: KP lesarstvo.

na nacionalni ravni», ki jo je Inštitut za delo pri Pravni fakulteti v Ljubljani po pogodbi št. KP/I.PO/2 izdelal za Zvezo svobodnih sindikatov Slovenije v okviru projekta »Posodobitev industrijskih odnosov skozi spodbujanje prenove kolektivnih pogodb«, ki se izvaja v okviru Operativnega programa razvoja človeških virov za obdobje 2007-2013, razvojne prioritete: Spodbujanje podjetništva in prilagodljivost prednostne usmeritve: Pospeševanje razvoja novih zaposlitvenih možnosti in ga delno sofinancira Evropska unija iz Evropskega socialnega sklada.

¹⁷ Kresal Šoltes Katarina, 2014, cit. delo iz prejšnje opombe, str. 68.

Večina kolektivnih pogodb dejavnosti določa tudi dodatne ukrepe za spodbujanje sklepanja pogodb za določen čas in nadgrajuje zakonske možnosti za še večjo fleksibilnost na tem področju, tako da:¹⁸

- a) določajo poleg zakonsko dovoljenih še druge dopustne primere za sklepanje pogodb za določen čas, npr. za:
 - a. *poskusno delo ali namesto poskusnega dela* (npr. KP obrt in podjetništvo, KPdg, KP nekovinskih rudnin, KP gostinstva in turizma)
 - b. *projektno delo* (skoraj vse KP dejavnosti)
 - c. *mandat po splošnem aktu delodajalca* (npr. KP bančništva, KP nekovinskih rudnin, KP gostinstva in turizma, KP trgovine),
 - d. za zagotovitev izrabe presežkov ur oz. koriščenje letnega dopusta pri delodajalcu (KP nekovinskih rudnin, KP gostinstva in turizma)
 - e. vrhunske strokovnjake (KP nekovinskih rudnin)
 - f. *začetek opravljanja dejavnosti* (npr. KP obrt in podjetništvo, KPdg, KP nekovinskih rudnin, KP gostinstva in turizma)
 - g. izvedba posla, pridobljenega z javnim natečajem ali naročilom (KP obrt in podjetništvo, KPdg)
 - h. delo v predstavnih in hčerinskih družbah v tujini (KP lesarstvo, KP kmetijstvo in živilstvo)
 - i. erminske pogodbe o izvajanju del na gradbenih projektih za čas trajanja projekta oz. največ za 5 let (KP gradbenih dejavnosti)

- b) *določajo daljše maksimalno trajanje od zakona* (npr. do štirih oz. pet let pri projektnem delu, tri leta po začetku opravljanja dejavnosti)

- c) *določajo, da mali delodajalci lahko sklepajo pogodbe za določen čas brez omejitev oz. izven vseh zakonsko dopustnih primerov* (npr. KP za obrt in podjetništvo, KP za kemično in gumarsko

¹⁸ Ibd., str. 127-128.

industrijo, KP tekstilne-, KP nekovinskih rudnin, KP gostinstva in turizma, KP trgovine).

Iz analize *novejših kolektivnih pogodb dejavnosti, ki so bile podpisane ali dopolnjene po uveljavitvi ZDR-1*, ki je še razširil možnosti derogiranja zakonskih standardov s kolektivnimi pogodbami izhaja, da so vse izkoristile tako stare kot tudi nove možnosti, ki jih daje zakon. Vse nove kolektivne pogodbe določajo dodatne primere, v katerih delodajalec sme odrediti delavcu začasno opravljanje drugega dela od tistega, za katerega sta se dogovorila s pogodbo o zaposlitvi: širijo dopustne primere, določajo manj ugodne pogoje za delavca (npr. v primeru začasnega neizpolnjevanja zdravstvenih pogojev tudi delo, ki lahko ne ustreza njegovi strokovni izobrazbi, znanju in zmožnostim po 4. odstavku 18. člena KP nekovinskih rudnin), daljše časovne omejitve od zakona (npr. do 12 mesecev v primeru nadomeščanja začasnega odsotnega delavca po 25. a členu KP bančništva). Vse nove kolektivne pogodbe širijo možnost sklepanja pogodb za določen čas tudi izven zakonsko urejenih primerov, tako kot je to bila praksa socialnih partnerjev že pred uveljavitvijo ZDR-1 (glej zgoraj). Možnost določitve višje kvote za agencijske delavce pri posameznem delodajalcu je uredila KP tekstilne in usnjarske dejavnosti in sicer je zakonsko določeno kvoto iz 25 odstotkov zvišala na 50 odstotkov. Možnost določitve krajšega odpovednega roka od zakona, v primeru odpovedi s strani delodajalca za zaposlene z več kot 25 let delovne dobe pri delodajalcu, je izkoristila KP obrti in podjetništva, tako da je 80 dnevni zakonski odpovedni rok znižala za 20 dni, tj. do skrajne zakonske meje. Tudi nove kolektivne pogodbe tako kot stare določajo daljša referenčna obdobja glede razporejanja delovnega časa in nadurnega dela, določajo dodatne disciplinske sankcije poleg zakonskih, urejajo institut pripravništva in izkoriščajo tudi ostale zakonske možnosti za zniževanje stroškov dela ter večjo notranjo in zunanjo fleksibilnost.¹⁹ Ali je to dobro ali slabo, pa je že

¹⁹ Glej tudi: UMAR, Poročilo delovne skupine za spremljanje učinkov sprememb v regulaciji trga dela v letu 2013. Poglavje 3.4. Večja vloga socialnim partnerjem pri avtonomnem urejanju delovnih razmerij v kolektivnih pogodbah, str. 36 - 40. Številka: 024-4/2014/2, Ljubljana, 10.

drugo vprašanje, ki odpira razpravo o vsebinski prenovi veljavnih kolektivnih pogodb.

4 VSEBINSKA PRENOVA KOLEKTIVNIH POGODB: DELATI BOLJE, ALI SAMO CENEJE?

Iz analize vsebine kolektivnih pogodb dejavnosti v Sloveniji izhaja, da večina ureja klasičen nabor pravic in obveznosti iz delovnega razmerja, da vse kolektivne pogodbe urejajo pogoje dela še bolj fleksibilno od zakonske ureditve v primerih, ko zakon to dopušča in da zaenkrat ne urejajo novih vsebin, ki bi lahko bistveno prispevale k večji kakovosti pogojev dela in večji zaposlenosti. Zaenkrat med vsebino ni tem kot so: skrajševanje polnega delovnega časa do zakonsko dovoljenih najmanj 36 ur na teden, povečanje plač in drugih prejemkov iz dela, določanje izobraževalnih shem za dvig zaposljivosti delavcev (npr. skupna politika, financiranje in dostop do izobraževanja, obvezen minimalen obseg izobraževanja), določanje ukrepov za skupno politiko zmanjševanja segmentacije na trgu dela (ukrepi za spodbujanje zaposlovanja za nedoločen čas ter dodatne restrikcije poleg zakonskih za zaposlovanje za določen čas ali v drugih atipičnih oblikah dela, ukrepi za vzpostavitev nadzora nad kršitvami, ukrepi za spodbujanje zaposlovanja mladih in starejših, na primer v okviru mentorskih shem), določanje podlag za ustanavljanje fundacij za skupno financiranje in izvajanje ukrepov za pospeševanje zaposlovanja, čeprav zakonodaja s področja trga dela to omogoča in spodbuja.

Zato se samo od sebe zastavlja vprašanje: »Delati bolje, ali samo ceneje?«. ²⁰ Odgovor bi moral biti jasen. Fleksibilnost dela omogoča zniževanje stroškov dela na račun zaposlenih, tj. potrošnikov, kar

4. 2014.

[http://84.39.218.201/MANDAT13/VLADNAGRADIVA.NSF/18a6b9887c33a0bdc12570e50034eb54/71780d8856c7f686c1257cb6004b3e67/\\$FILE/porocilo_DS_podpisano.pdf](http://84.39.218.201/MANDAT13/VLADNAGRADIVA.NSF/18a6b9887c33a0bdc12570e50034eb54/71780d8856c7f686c1257cb6004b3e67/$FILE/porocilo_DS_podpisano.pdf)

²⁰ »Working better, or just cheaper?« se sprašujeta nemška raziskovalca Steffen Lehndorff in Thomas Haipeter v raziskavi o perspektivah kolektivnega pogajanja, cit. delo, str. 23.

pogloblja neenakost, revščino in zmanjšuje agregatno povpraševanje zaradi krčenja potrošnje, to pa zavira rast gospodarstva, kot dokazujejo novejšje ekonometrične analize.²¹ Dokazana je negativna korelacija med večjo fleksibilnostjo dela in neenakostjo: nižji kot je indeks EPL (po OECD to pomeni večjo fleksibilnost dela), večja je neenakost. Države EU, ki so se v zadnji krizi najbolj odrezale kot so Avstrija, Luksemburg, Nemčija, Malta, Poljska, Nizozemska in Belgija (prvih sedem na lestvici indeksa kriznega managementa 2007- 2011 po metodologiji Tridico Pasquale) imajo večji EPL (manjšo fleksibilnost dela) in manjšo neenakost, kot države EU, ki najbolj trpijo med krizo kot so Estonija, Litva, Latvija, Irska, Španija, Portugalska, Grčija, ki imajo nižji indeks EPL (večjo fleksibilnost dela) in večno neenakost.²² Prav te države pa so tudi pod pritiskom trojke in institucij EU uvajale ukrepe za še večjo fleksibilnost. Stanje na teh trgih dela je katastrofalno, brezposelnost se je več kot potrojila, brezposelnost mladih ponekod dosega že več kot polovico mladih, povečuje se delež revnih zaposlenih, ki kljub delu živijo pod pragom revščine. Tudi slovenski zakonodajalec in socialni partnerji so doslej hodili po tej poti zniževanja stroškov dela in povečevanja fleksibilnosti dela.

Za zagon gospodarstva in kvalitetnejše življenje bo potreben preobrat; novo fokusiranje ciljev trga dela in nova agenda za kolektivna pogajanja: kvalitetnejša delovna mesta, višje plače in boljši pogoji dela, izboljšanje zaposljivosti skozi izobraževanje in vseživljenjski razvoj kompetenc in kvalifikacij, povečanje zaposlenosti mladih, skrajševanje delovnega časa, lažje usklajevanje poklicnega in zasebnega življenja, zniževanje brezposelnosti, večja varnost pri delu idr. Veljavna delovna zakonodaja na široko odpira socialnim partnerjem možnosti za avtonomno urejanje delovnih pogojev s kolektivnimi pogodbami v obe smeri: bodisi v smer zniževanja stroškov dela in večjo fleksibilnost bodisi v smer izboljšanja delovnih pogojev in

²¹ Tridico Pasquale, *International Labour Review*, Vol. 152 (2013), No. 2, str. 186, v: *The impact of the economic crisis on EU labour markets: A comparative perspective*, str. 175 – 190.

²² Tridico Pasquale, *Ibid.*, str. 186.

kvalitetnejšega zaposlovanja. Da so socialni partnerji doslej s kolektivnimi pogodbami dejavnosti skromno implementirali nove vsebine, o katerih so se evropski socialni partnerji že dogovorili na evropski ravni z okvirnimi sporazumi ter drugimi avtonomnimi dogovori, je pokazala tudi nedavno opravljena raziskava Inštituta za delo ljubljanske pravne fakultete.²³

Tudi veljavni zakon o urejanju trga dela (ZUTD) na široko odpira možnosti socialnim partnerjem, da aktivno sodelujejo pri izvajanju ukrepov na trgu dela. Poleg dosedanjih pristojnosti (sodelovanje predstavnikov v svetu zavoda, posvetovanje z vlado o ukrepih APZ) so dodane nove možnosti, kot so izvajanje ukrepov vseživljenjske karijerne orientacije in posredovanje zaposlitev na podlagi pridobitve koncesije, izvajanje ukrepov APZ, ustanavljanje fundacij za izboljšanje zaposlitvenih možnosti. Fundacije naj bi ustanavljali skupaj sindikati in delodajalska združenja in zbornice na lokalni ali regionalni ravni, ZUTD pa spodbuja socialne partnerje z olajšavami, kot so nižji ustanovni kapital kot velja za ostale ustanovitelje, možnost pridobitve javnih sredstev itd. Edina kolektivna pogodba, ki vsaj predvideva možnost ustanovitve take fundacije je KP za obrt in podjetništvo, ki ima edina tudi izkušnje iz preteklosti glede ustanavljanja skupnih skladov za zadovoljevanje izobraževalnih in stanovanjskih potreb delavcev. Sodelovanje socialnih partnerjev pri ukrepih aktivne politike zaposlovanja in mehanizmih za izboljšanje zaposlitvenih možnosti na trgu dela, kot tudi na drugih področjih sistema socialne varnosti, je ena od tradicionalnih vlog socialnih partnerjev v številnih drugih državah EU.²⁴

5 ZAKLJUČEK

Sistem kolektivnega pogajanja smo v Sloveniji celovito uredili in prenovili leta 2006 z zakonom o kolektivnih pogodbah, ki je dosledno

²³ Vodnik po sporazumih evropskih socialnih partnerjev z vidika vsebin za kolektivna pogajanja, 2014. Cit. delo.

²⁴ Pennings Frans, 2013, Comparison of the Roles of Non-public Actors and Conclusions, str. 259 – 268.

uveljavil načela svobodnega in prostovoljnega kolektivnega pogajanja na vseh ravneh. Veljavna pravna ureditev omogoča možnost omejene derogacije zakonsko določenih pravic s kolektivno pogodbo in decentralizacijo kolektivnega pogajanja na nižje ravni, v kakšni meri pa se te možnosti v praksi realizirajo, je odvisno od pogodbene volje samih socialnih partnerjev. Zadnje spremembe delovne zakonodaje iz leta 2013 so še razširile možnosti za večjo avtonomno urejanje delovnih razmerij s kolektivnimi pogodbami, tudi drugače ali za delavce slabše od zakona (derogacija in peius).

Menim, da ne držijo ocene UMAR in MDDSZ iz izhodišč za reformo trga dela, da je slovenski sistem kolektivnega pogajanja eden od vzrokov za slabšo konkurenčnost slovenskega gospodarstva. Menim, da veljavna zakonodaja v glavnem zagotavlja ustrezne pravne podlage za njegov nadaljnji razvoj v skladu z mednarodnimi konvencijskimi načeli, zato sistemskih zakonskih sprememb na tem področju zaenkrat ne potrebujemo. Zahtev iz tujine, da naj Slovenija odločneje nadaljuje z reformo trga dela, zato domača politika nikakor ne bi smela razumeti kot zahteve za interventno uvajanje ukrepov za večjo decentralizacijo in deregulacijo sistema kolektivnih pogajanj. Opozarjam, da bi taki ukrepi lahko destabilizirali sistem kolektivnega pogajanja, okrnili vlogo socialnih partnerjev in dogovorjenih minimalnih standardov na nacionalni in panožni ravni ter zmanjšali pokritost zaposlenih s kolektivnimi pogodbami. Številne pravne in novejšje ekonometrične analize namreč potrjujejo, da manjša fleksibilnost trga dela in večja pokritost s kolektivnimi pogodbami, nimata negativnih učinkov za gospodarski razvoj, zagotovo pa zmanjšujeta neenakost. Države z višjim EPL indeksom, ki po metodologiji OECD izkazuje manj fleksibilen trg dela (Luksemburg, Nemčija, Malta, Belgija, Nizozemska, Poljska in Avstrija) imajo nižjo brezposelnost in so se v krizi bolje znašle od držav, ki imajo bolj fleksibilen trg dela (Irska, Latvija, Litva, Grčija, Španija, Portugalska).

Analiza veljavnih kolektivnih pogodb dejavnosti v Sloveniji, ki jo je leta 2013 opravil Inštitut za delo pri ljubljanski pravni fakulteti, je pokazala, da vse kolektivne pogodbe urejajo pogoje dela še bolj

fleksibilno od zakonske ureditve v primerih, ko zakon to dopušča (širitev dopustnih primerih za zaposlovanje za določen čas in uvedbo nadurnega dela, daljša referenčna obdobja pri razporejanju delovnega časa idr.). Novejše kolektivne pogodbe, ki so bile sklenjene po reformi trga dela iz leta 2013, so fleksibilnost še povečale (širitev dopustnih primerov odrejanja drugega dela, krajši odpovedni roki, višja dovoljena kvota za agencijsko delo idr.). Analiza kolektivnih pogodb dejavnosti nadalje izkazuje, da zaenkrat na agendi niso teme kot je možnost skrajševanja polnega delovnega časa, izboljšanje plač in drugih pogojev dela, izobraževalne sheme za izboljšanje zaposljivosti delavcev, ukrepi za zmanjševanje segmentacije na trgu dela (lažji dostop do rednih zaposlitev mladih in drugih ranjivejših skupin idr.), ustanavljanje skupnih fundacij za izboljšanje zaposlitvenih možnosti idr. Nova področja, ki jih socialni partnerji zaenkrat še niso vključevali v kolektivna pogajanja, lahko pomenijo nove priložnosti za prihodnje in podlago za vsebinsko prenovo kolektivnih pogodb.

LITERATURA

Hayter Susan. 2011. Conclusion, v: *The Role of Collective Bargaining in The Global Economy*, Hayter Susan et al. ILO 2011, str. 305 – 316.

European Commission, *Industrial Relations in Europe 2012*.

ILO, *Reports of the Committee on Freedom of Association*, 365th Report, case 2820 (Greece), para. 997-998.

Kresal Šoltes, Katarina. Urejanje pravic v kolektivnih pogodbah in vloga sindikatov po novem Zakonu o delovnih razmerjih, v: *Delavci in delodajalci št. 2013/2-3*, str. 237 – 255.

Kresal Šoltes Katarina, 2011. *Vsebina kolektivne pogodbe: Pravni vidiki s prikazom sodne prakse in primerjalnopravnih ureditev*. Ljubljana, GV Založba, 2011.

Kresal Šoltes Katarina, *Kršitev temeljnih socialnih pravic v imenu kriznih varčevalnih ukrepov*, *Delavci in delodajalci št. 1/2013*, 11 – 28.

Kresal Šoltes Katarina, Kresal Barbara, Senčur Peček Darja, Franca Valentina, Novak Mitja, 2014. Vodnik po sporazumih evropskih socialnih partnerjev z vidika vsebin za kolektivna pogajanja; Kresal Šoltes Katarina (ur.), Inštitut za delo pri Pravni Fakulteti v Ljubljani, ZSSS, Ljubljana.

Lehndorff Steffen, Haipeter Thomas, 2013. Negotiating employment security: innovations and derogations, v: The Role of collective bargaining in the global economy, ILO 2011, str. 20 – 46.

Ministrstvo za delo, družino in socialne zadeve. Izhodišča za sistemske spremembe Zakona o delovnih razmerjih, april 2011. http://www.mddsz.gov.si/nc/si/medijsko_sredisce/novica/article/1966/6838/

Pennings Frans, 2013. Comparison of the Roles of Non-public Actors and Conclusions, v: Non-public Actors in Social Security Administration, Wolters Kluwer, Law & Business, 255 - 283.

Sturn Simon, 2013. Are corporatist labour markets different? Labour market regimes and unemployment in OECD countries, v: International Labour Review, Vol. 152 (2013), No. 2, Special issue: European labour markets in economic crisis, str. 237-254.

Tridico Pasquale, 2013. The impact of the economic crisis on EU labour markets: A comparative perspective. International Labour Review, Vol. 152 (2013), No. 2, str. 175 – 190.

Traxler Franz, Brandl Bernd, 2011. The Economic Impact of Collective Bargaining Coverage, v: The Role of Collective Bargaining in The Global Economy, Hayter Susan (ed.), ILO, str. 227 – 250.

UMAR, Poročilo delovne skupine za spremljanje učinkov sprememb v regulaciji trga dela v letu 2013. Številka: 024-4/2014/2, Ljubljana, 10. 4. 2014. [http://84.39.218.201/MANDAT13/VLADNAGRADIVA.NSF/18a6b9887c33a0bdc12570e50034eb54/71780d8856c7f686c1257cb6004b3e67/\\$FILE/porocilo_DS_podpisa_no.pdf](http://84.39.218.201/MANDAT13/VLADNAGRADIVA.NSF/18a6b9887c33a0bdc12570e50034eb54/71780d8856c7f686c1257cb6004b3e67/$FILE/porocilo_DS_podpisa_no.pdf)

Dismissal law under challenge: new risks for workers

*Sylvaine Laulom**

EUROPEAN LABOUR LAW JOURNAL

Volume 5 (2014), issue 3-4, pp. 231-254

1 INTRODUCTION

Writing in 1997, Couturier stated that:

... dismissal law is truly inseparable from labour law as a whole, in that it expresses and acts as a foundation for the essential aspects of that system. The metaphor of a spinning top has been used many times. Labour law is the bulbous body of the top and dismissal law the point on which it spins, sharp but indispensable. Dismissal law is where one finds employer prerogatives, the employer's freedom to determine the economic course of a business and, likewise, the employer's disciplinary powers and yet, at the same time, the regime established by dismissal law demonstrates the limits that are placed on those prerogatives. From another perspective, the rules governing the termination of the employment contract can be seen to impact, in practice, on the whole of employment relations. As a consequence, when dismissal law changes it is, in fact, the whole of labour law that it is subject to change.¹

* Professor at University Lumière Lyon 2, CERCRID, (UMR 5137). E-mail: sylvaine.laulom@univ-lyon2.fr. his article was translated from French by Paul Skidmore.

¹ Couturier, G., "Quel avenir pour le droit de licenciement? Perspectives d'une régulation européenne", *Droit Social*, 1997, p. 75 (author's translation).

Analysing the evolution of national labour law in various European countries,² the picture that emerges, notwithstanding the national specificities, is of a dismissal law in transformation and, indeed, one may question whether these developments are not, in fact, evidence of a transformation of labour law and all its functions. Analysis of these national provisions by which dismissal law is reformed is subject necessarily to certain limits. National legislation on dismissal must be read in conjunction with the rules on variation of employment contracts, fixed-term contracts and, even, on compensation for the loss of a job and unemployment benefits. All the same, the analysis proposed here seeks to isolate the very measures that are intended to form part of a project on a much larger scale. A comparison of the national experiences with regard to dismissal law appears particularly illuminating in relation to the development of labour law as whole, assuming, that is, that one recognises that dismissal law constitutes one of its very pillars. When viewed together, these measures reshape the contours of dismissal law at the national level, involving a radical reduction in the protection accorded to workers who have been dismissed.

Naturally, this challenge to labour law varies considerably from one country to another. The scale of the reforms taking place in Greece, Spain or, to take a different example, the United Kingdom, are not comparable. Likewise, the substance of the interventions also differs, as they are dependent on the dismissal framework established under national law. Thus, although the majority of national dismissal regimes require termination of the contract by the employment to be for a valid reason, which is then susceptible to judicial scrutiny, other regimes, such as that in force in Greece, have

² During the project, we analysed the developments in dismissal law in Belgium, France, Germany, Greece, Hungary, Italy, Spain, Sweden and United Kingdom. See the national reports, mostly in English, in Escande Varniol, M.-C., Laulom, S., Mazuyer, E. and Vielle, P. (eds.), *Quel droit social dans une Europe en crise?*, Larcier, Brussels, 2012. Thanks to T. Gyulavári, J.-M. Miranda Boto, P. Loi, E. Dermine, J. Prassl and J. Julén Votinius, for their comments on the paper. See also Clauwaert, S. and Schömann, I., "The crisis and national labour law reforms: a mapping exercise", *ETUI Working Paper*, 2012–04.

opted for a system of compensation, which maintains the employer's freedom to dismiss. Consequently, it is this system of compensation which has been revised downwards. As for other countries, legislative intervention has been more diverse. However, those differences can be explained primarily by the specific characteristics of national dismissal regimes and, over and above this, common developments appear.³

Before embarking on a comparative reading of these national developments, I set out an overview of the national developments in France, Italy, the United Kingdom, Greece, Spain, and some other countries (Hungary, Belgium and Sweden), showing the various reforms to dismissal law at work. In light of this, I identify, in Section 2, certain convergences shedding light on the future direction of dismissal law.

2 A BRIEF OVERVIEW OF CERTAIN NATIONAL DEVELOPMENTS

While during the first phase of the financial crisis Member States did not initiate reforms to the overall scope of labour rights, today, the economic crisis provides a pretext for reforms, which, in the name of employment, go to the very heart of national labour law regimes, that is to the employer's right to dismiss.

³ Clearly, the position of Belgium must be distinguished from that of other countries, as the reform of Belgian dismissal law took place for a completely different reason (harmonization of rules for blue-collar and white-collar workers), and does not appear to have any connection with the labour market discourses, even if the economic context may have influenced the substance of the compromise finally reached by the social partners.

2.1 France: from the single contract of employment to reforming the margins of dismissal law

In France, reforms were already underway before 2008 and, since then, have continued in the same direction.

Amongst the attempts to intervene in the area of dismissal, the legislative trial of a form of single contract – albeit not followed-up later – must be regarded as an important measure, introduced even before the crisis of 2008. This attempt was based on two new contracts of employment: a specific contract for new hires, the *contrat nouvelle embauche* (CNE)⁴ and a specific contract for a first hire, the *contrat première embauche* (CPE),⁵ introduced in 2005 and 2006. These two contracts may be regarded as the beginnings of what could have become a single contract of employment, since they could have been rolled out more generally. The CNE was an instrument by which firms employing no more than 20 workers could hire workers subject to a trial period of two years, officially known as the period for consolidating the employment relationship (*période de consolidation de l'emploi*). During that period, the employer could terminate the employment contract without needing any cause for the dismissal or to follow any specific procedure. However, the legislation did require the employer to give notice, with the period of notice depending on the worker's length of service with the firm. If the employer terminated the contract during this trial period, the worker was entitled to compensation amounting to 8% of the remuneration received from the start of the employment relationship. The contract for a first hire was identical, other than the fact that it was targeted at workers under the age of 26. This was the first occasion on which reforms to labour law were introduced not including any financial incentives for employers, but expected all the same to increase the number of jobs. It is paradoxical, however, that these reforms increased the diversity amongst employment

⁴ Provided for in Order No. 2005–893 of 2 August 2005 as part of package of urgent measures to promote employment.

⁵ The CPE was introduced by Law No. 2006–396 of 31 March 2006 and repealed by Law No. 2006–457 of 21 April 2006.

contracts, whereas the single contract of employment is intended, in fact, to simplify the different forms of contract applicable to employment.

These two contracts were to enjoy only very short lives. The CPE was brought down by student and societal protest, repealed within weeks of having been adopted. As for the CNE, this did not survive a judicial challenge, with the *Cour de Cassation* (Court of Cassation) holding in a judgment of 1 July 2008⁶ that the CNE contravenes ILO Convention No. 158. The issue came before the court in proceedings brought by a worker challenging her dismissal carried out during the two-year trial period. According to the *Cour de Cassation*, cause was required for the termination in accordance with general provisions of dismissal law.

In anticipation of the *Cour de Cassation*'s judgment, the Law of 25 June 2008 concerning the modernisation of the labour market repealed the CNE on a permanent basis. The law, resulting from (cross-industry) collective bargaining at the national level, was presented as an overall package, introducing a form of flexicurity. Its provisions were intended to be interlocking, addressing several different issues: the termination of the employment contract, strategic workforce planning, the integration of young people into the labour market, secure transition between jobs, lifelong learning, and unemployment benefits.

However, although the national cross-industry agreement appeared to depart from the notion of the single contract of employment, it intervened, nonetheless, in the law on dismissal. The agreement's headline measure was the introduction of a new means of terminating an employment contract, that is, termination by contractual agreement (*rupture conventionnelle*), according to which employer and worker reach an agreement on the termination of the employment contract. From the perspective of workers, the advantage of this form of termination is that unlike resignation, it does not affect entitlement to unemployment benefit, thus ensuring,

⁶ Cass. Soc., 1 July 2008, Bull., No. 07–44124.

to use the now commonplace terminology, secure transition between jobs. From the perspective of employers, the advantage of this measure is a secure mode of termination. In essence, this new mode of termination constitutes a response to the major insecurity that employers are said to face, that is, the risk of legal proceedings if the employment contract is terminated unilaterally. Under the agreement, this 'insecurity' was reduced further by imposing a 12-month limitation period on bringing legal proceedings in this connection starting from the date on which the termination agreement is officially recorded. In order to prevent abuse, termination by contractual agreement is subject to certain procedural requirements and control by the authorities. Since the launch of this measure terminations by contractual agreement have enjoyed considerable popularity, and if dismissal figures are now at all-time lows, this is, in part, connected to the introduction of terminations by contractual agreement.⁷ They are used most frequently by small businesses, allowing them to terminate a worker's employment contract without resorting to dismissal.

The most recent significant reform, intended as a new structural measure, is the national cross-industry agreement of 11 January 2013, which was transposed in the Law on employment security adopted by the French Parliament on 14 May 2013.⁸ It was the new Socialist government elected to power in May 2012 that called on the social partners to commence negotiations on reforming the labour market with a view to improving the country's employment situation. The title of the agreement reveals its ambitions: 'Agreement for a new social and economic model to improve the competitiveness of businesses and secure employment and career paths for workers'. It is a complex agreement seeking to bring about

⁷ See the statistical publication *Dares Indicateurs*, "Les mouvements de main d'œuvre au 2e trimestre 2012", October 2012, No. 072.

⁸ See the March 2013 issue of *Revue de droit du travail* and *Semaine Sociale Lamy* 2013, No. 1570.

a series of reforms initiating ‘a re-ordering of labour law’, ‘principally affecting the sources of law and their relative importance’.⁹

Although it does not bring about a sweeping frontal reform to the law on dismissal, certain provisions of the agreement will affect the structure of that law, in particular, in relation to economic dismissals. A commentator describes it, moreover, as a ‘remodelling, albeit ambivalent in many respects,’ of that law.¹⁰ First of all, the law has again reduced the time limits within which certain employment law proceedings may be brought.¹¹ No amendment has been made to the compensation awarded if a dismissal is found to be unfair. However, a curious provision has been inserted with the stated aim of encouraging conciliated settlements before the labour courts with the introduction of a simple flat-rate compensation scheme. There are several measures relating to the scheme governing economic dismissals. First, the national cross-industry agreement and the law authorise the social partners to make adjustments to this scheme. Second, and this is one of the key measures of both the agreement and the law, agreements may be reached with a view to safeguarding jobs in businesses facing ‘serious economic difficulties’. These agreements, to which specific procedural safeguards apply, may provide, in return for the employer’s commitment to maintain jobs during the lifetime of the agreement (maximum 2 years), in relation to the workers whose jobs are being protected for an adjustment to working time, for the organisation and distribution of those working hours and for their remuneration. Prior to these new measures, it was indeed already possible to reach

⁹ Lyon-Caen, A., “L’ADN d’une réforme”, *Revue de droit du travail*, March 2013, p. 162.

¹⁰ Géa, F., “Le droit du licenciement économique à l’épreuve de la sécurisation de l’emploi”, *Droit Social*, 2013, p. 210.

¹¹ Over recent years, the legislature has reduced the time limits that apply to labour law actions brought by workers. The Law of 2005 reduced the time limit for challenging an economic dismissal to one year. In 2008, the legislature introduced the option of termination by contractual agreement and, in that regard, harmonised the time limits for all actions that might result from a termination of that kind to one year from the date on which the authorities recorded the termination agreement.

agreements increasing working time or reducing wages, provided that the mandatory rules in this area were observed (rules on the minimum wage and the legislation governing overtime and maximum working hours). However, the implementation of such measures, entailing a variation in the contract of employment, required the consent of the individual worker. Where this was withheld, the employer had to utilise the procedure for collective dismissals. Within the context of agreements to maintain jobs, if workers withhold their consent this may result in an economic dismissal but, here, such dismissal will be treated as an individual dismissal. However, this appears not to comply with the rules of the Collective Redundancies Directive.¹² One may also query what degree of judicial control the courts would be permitted to exercise in relation to the economic justification underlying dismissals of that kind.

In summary, French dismissal law has undergone significant changes since 2005, with the introduction of dismissal by contractual agreement, reductions in the time limits within which workers can bring actions, an alternative compensation scheme for dismissals, and the possibility to avoid the procedures for collective dismissals.

2.2 Italy: also tempted by the single contract of employment

In Italy, although it is the crisis which has justified the most recent reforms to the law on dismissal, discussions have been ongoing for many years, particularly in relation to the single contract of employment. It will come as no surprise to discover that this has arisen in the context of a discourse on flexicurity, supposed rigidities

¹² Council Directive 98/59/EC of 20 July 1998 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies provides, in essence, that workers' representatives must be informed and consulted when an employer is contemplating collective redundancies. In the situation at issue here, this involvement of workers' representatives will be avoided by treating the dismissals as individual redundancies.

in labour market regulation and the segmentation of labour markets. Discussions intensified from 2008 onwards, and were marked by robust interventions from European institutions culminating in the notorious ECB letter of August 2011, intended to be confidential, which called, in particular, for reforms in the area of labour law. This involved the law on dismissal, since the letter called upon Italy to carry out a ‘thorough review of the rules regulating the hiring and dismissal of employees ... in conjunction with the establishment of an unemployment insurance system and a set of active labour market policies capable of easing the reallocation of resources towards the more competitive firms and sectors’.¹³

On coming to power in 2012, the Monti government announced its intention to reform labour law, subsequently enacted in Law No. 92 of 28 June 2012 on reform to the labour market in pursuit of growth. This followed on from earlier measures, adopted in response to the crisis, some of which impact on dismissal law. For example, Law No. 183/2010 constitutes an initial attempt to avoid workers having recourse to the courts in dismissal disputes. According to Loi:

... the most controversial aspect of the reform is Art. 31, providing that parties of an employment contract may include in the contract an arbitration clause in order to resolve any future disputes. This provision gives an example of the ideological context in which this law has been enacted: through arbitration clauses (especially in the original draft) it is possible to undermine the regulatory power of the law and by this way the major protection of the worker who, in case of dispute with his/her employer, cannot count on a judgement, with a judge subject to the law – that is to all labour law and collective agreements – but only on an arbiter subject only to the general principle of the labour law.¹⁴

¹³ Letter of 5 August 2011 from Mario Draghi and Jean-Claude Trichet to the Italian Prime Minister, www.corriere.it/economia/11_settembre_29/trichet_draghi_inglese_304a5f1eea59-11e0-ae06-4da866778017.shtml.

It was intended that the letter should remain confidential; however, it was published by the newspapers. It called upon the Italian government to adopt a series of reforms to pave the way for ECB support.

¹⁴ Loi, P., ‘Italy’, in Escande Varniol, *op. cit.*, p. 261.

However, it is the Law of 28 June 2012 that introduces the most important reform to the law on dismissal. As in France, the Law is intended to operate on the labour market with a view to encouraging growth. Its stated purpose is to provide for measures and actions intended to develop a dynamic and inclusive labour market capable of contributing to the creation of jobs in the requisite quantity and quality and to a permanent reduction in the rate of unemployment.¹⁵

The Law reforms large sections of labour law and social security law. Areas affected include the law on dismissal, fixed-term contracts, part-time working, contracts for a fixed task (*contratto di lavoro a progetto*) and unemployment benefits.

As in France, the government's objective was, at one stage, the introduction of a form of single contract. However, following intense discussions and negotiations, the final outcome is some way removed from that. There can be no doubt, however, that the Law of 28 June 2012 carries its stamp, succumbing to its 'discreet charm'.¹⁶ It is, in fact, dismissal law and Article 18 of the Workers' Statute (*statuto dei lavoratori*) that are at the heart of the reform, even if its objectives are somewhat wider with the Law seeking to pursue an integrated approach involving amendments to several areas of labour law.

Thus, although dismissal is the core theme for the Law of 28 June 2012, it appears initially to operate only on its margins. Indeed, the Law leaves intact the existing requirement for terminations to be for just cause while, at the same time, reshapes the sanctions regime in a particularly complex manner such as to become, in the words of a French commentator, practically 'unreadable to a French lawyer'.¹⁷ However, one should not be misled. The amendments to the regime

¹⁵ Article 1(1) of Law No. 92/2012.

¹⁶ Loy, G., "La réforme italienne: entre le malentendu de la flexicurité et la tentation du contrat unique", *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2012/2, p. 38.

¹⁷ Lokiec, P., "Regard. Italie: la réforme du droit du licenciement", *Revue de droit du travail*, 2012, p. 514.

of sanctions for unfair dismissal have repercussions for the Italian system of dismissal rules as a whole. The Law introduces changes to one of the central features of Italian dismissal law, that is, a worker's right to reinstatement as the standard remedy in the case of unfair dismissal. At the same time, the new law reduces the time limits within which all proceedings for unfair dismissal must be lodged (from nine months to six months), and, in addition, requires the employer to state the reasons for dismissal in the letter of termination. On the other hand, if a worker challenges a dismissal, the employer has a period of 15 days within which to revoke the dismissal, to which the worker cannot object. Finally, the Law introduces a special expedited judicial procedure for hearing dismissal cases. Within 40 days of an action being lodged, the court must hold a summary hearing, following which it must immediately accept or reject the applicant's claim by way of enforceable order. Only if an action is brought to challenge that order will the court be required to resolve the underlying legal dispute. One may question whether simply the introduction of this special judicial procedure (whose implementation will be a major challenge for the Italian judicial system) would not in itself have been enough. If the costs of unfair dismissal and reinstatement result from the lack of speed in the judicial system, this 'new procedure should have been enough to satisfy employers' needs for legal certainty as is the case for workers'.¹⁸

One of the aims of the Monti government was to compensate for the liberalization of the rules on dismissal by a sharp reduction in flexibility with regard to hiring. With that in mind, the Law asserts – and here one finds a parallel with the situation in France expressed in the 2008 agreement between the social partners – its preference for more stable forms of employment relationship, and that, therefore, priority must be given to permanent contracts of employment, to be regarded as the common form of employment

¹⁸ Nadalet, S., "La réforme italienne du marché du travail: les modifications concernant le droit du licenciement", *Revue du droit du travail*, 2012, p. 514.

contract.¹⁹ However, the measures taken to reduce flexibility on hiring are, in fact, limited. Although an additional social security contribution of 1.4% is levied in respect of workers hired on fixed-term contracts (including agency workers), the Law allows for the hiring of workers on fixed-term contracts for a term of one year, without any requirement on the employer to justify the use of such contracts, and irrespective of the position to be filled. This measure closely resembles the introduction of a trial period of one year that other countries have tested. However, an important difference remains. Under the Italian model, during this one-year period, the worker will retain the protection offered by a fixed-term contract.

2.3 United Kingdom: deregulation of a dismissal framework with few restrictions

In the first few years, the crisis did not lead the United Kingdom to introduce significant labour law reforms. The coalition government elected to power in May 2010 concentrated initially on achieving a drastic reduction in the budget deficit, imposing cuts on the public sector and in relation to social security.²⁰ The coalition nature of this government may explain the initial absence of labour law measures, with the coalition's junior partner opposed to reforms in an area already characterised by very light regulation.²¹ According to a government document, 'Britain's employment framework stands up very well to international comparison. The relatively successful performance of the UK's labour market during the recent recession was, to a significant degree, a result of the flexibility that characterises the UK labour market.' The British labour market is said to be one of the most 'effective and lightly regulated labour markets among developed economies. In regulatory terms, the UK

¹⁹ Article 1(1)(a) of Law No. 92/2012.

²⁰ Freedland, M., Kountouris N. and Prassl, J., "United Kingdom", in Escande Varniol, *op. cit.*, p. 307.

²¹ Barnard, C., "L'effet de la crise sur le droit du travail au Royaume-Uni: Révolution ou Evolution", *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2012/2, p. 96.

is joint second in the world (behind the US and alongside Canada) for ease of individual dismissal.²²

Nonetheless, it was highly unlikely that those existing levels of protection would be sufficient to keep British labour law immune from deregulation.²³ In fact, since 2012, ‘with a view to tackling economic problems, the essentially conservative British government has used the opportunity to deregulate labour law, in particular the rules on unfair dismissal, already some of the least restrictive in the world’.²⁴

The stated aim of these reforms is, in particular, to reduce the number of disputes before the employment tribunals, on the basis that these dismissal disputes involve costs that discourage employers from hiring. On the other hand, in the United Kingdom, no discussions have emerged in relation to the introduction of a single contract of employment, which can be readily explained by the fact that the distinction between fixed-term contracts and permanent contracts is much less pronounced than in other countries.

The first measure to affect dismissal law was the April 2012 extension of the qualifying period needed to bring an unfair dismissal claim, increased from one year to two years.²⁵ This was not exactly an original move, as the length of the qualifying period had been amended many times in the past in accordance with political colours.²⁶ The increase in the qualifying period to two years makes

²² *Call for Evidence: Dealing with dismissal and ‘compensated no fault dismissal’ for micro businesses*, March 2012, Department for Business, Innovation and Skills, pp. 3 and 6 www.bis.gov.uk/assets/biscore/employment-matters/docs/d/12-626-dismissal-for-micro-businesses-call.

²³ Freedland, M., Kountouris N. and Prassl, J., *op. cit.*

²⁴ Barnard, C., *op. cit.*, p. 96.

²⁵ Unfair Dismissal and Statement of Reasons for Dismissal (Variation of Qualifying Period) Order 2012 (SI 2012/989).

²⁶ McGaughey, E., “Unfair dismissal reform: political ping-pong with equality?”, *Equal Opportunities Review*, 2012, Issue 226. Available at

the position of workers on permanent contracts even more precarious during the initial period of their employment. The idea, as with the single contract of employment, is that workers' rights slowly increase with the continued performance of their contract as mutual trust and confidence develops between employer and worker.

The reintroduction of this two-year qualifying period has taken effect, notwithstanding the fact that such period was found capable of amounting to sex discrimination. Following the ECJ decision in 1999,²⁷ the House of Lords indeed held that the two-year rule had a greater adverse impact on women than on men capable of giving rise to indirect discrimination on grounds of sex. However, it went on to find that the measure was justified.²⁸ Nonetheless, this may be rightly criticised, given the ECJ's statement that 'mere generalisations concerning the capacity of a specific measure to encourage recruitment are not enough to show that the aim of the disputed rule is unrelated to any discrimination based on sex nor to provide evidence on the basis of which it could reasonably be considered that the means chosen were suitable for achieving that aim'.²⁹ Today, the measure could be challenged on the basis that it indirectly discriminates on grounds of age if it can be shown that it is likely to have a greater impact on young people entering the labour market.

The second measure, which took effect on 6 April 2013, concerns the period of compulsory consultation when an employer is contemplating collective redundancies. According to the government, the change is intended to provide employers with greater certainty and better flexibility in implementing the measures needed in the case of restructuring. Previously, if an employer was proposing to dismiss 100 or more workers, the consultation period amounted to 90 days. This has now been halved to 45 days.

SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2014699> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2014699>.

²⁷ Case C-167/97 *Seymour-Smith and Perez* [1999] ECR I-623.

²⁸ [2000] UKHL 12.

²⁹ *Seymour-Smith and Perez*, *op. cit.*, paragraph 76.

Three other measures are also being introduced. The first of these concerns access to employment tribunals to bring a complaint of unfair dismissal. Until now, no tribunal fees have been charged for bringing a claim. The reform introduces significant tribunal fees from the summer of 2013. According to the government, the purpose of the fees is to reduce the costs involved in hearing cases and to ensure that individuals making a claim to employment tribunals contribute to the costs of the case. Thus, it appears that the introduction of tribunal fees is based on the perception that claims are often vexatious and intended to waste time.³⁰ Equally, the measure is designed to encourage parties to settle through conciliation. From now on, workers wishing to bring a claim will have to pay a fee. The fee amount varies according to the difficulty of the case and whether the case proceeds to a hearing.³¹ The scheme, currently applicable to proceedings in the civil courts, whereby fees will be waived for individuals who cannot afford to pay, will be extended to the employment tribunal system. In addition, if a worker is successful before a tribunal, it may order the employer to reimburse the fees. Nonetheless, one can imagine that ‘these measures will inevitably dissuade workers from bringing claims’.³² At the same time, it is planned to introduce a compulsory early conciliation procedure prior to claims being lodged with a tribunal.

The government intends also to revise the limit on the compensatory award that a tribunal may make following a successful unfair dismissal claim. Currently, the compensatory award is capped at £72,300 (83,200 euro), which, in fact, is considerably higher than the compensation actually awarded to most workers. However, from the government’s perspective, this ceiling creates unrealistic expectations amongst workers, encouraging them to bring unfair

³⁰ Lorber, P., “Royaume-Uni”, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2012/2, p. 150.

³¹ Fiorentino, A., “La réforme du droit du travail britannique: ‘la révolution silencieuse’ continue”, *JCP S (La semaine juridique – Social)*, April 2013, p. 1156.

³² Collins, H., “La flexibilité, réponse du Royaume-Uni à la crise”, *Droit ouvrier*, February 2012, p. 124.

dismissal claims. Therefore, it is proposed to set the cap at one year's wages. In addition, the government intends to assess whether the existing cap is set at an appropriate level or whether it would be better to reduce it. These reforms are likely to have significant consequences and to reduce the protection available to workers who have been dismissed. However, the most radical reform appeared in April 2013 with the introduction of 'employee shareholder status', which challenges the most basic premises of labour law.³³

Prior to the adoption of this new provision, the British Prime Minister, David Cameron, commissioned the venture capitalist Adrian Beecroft to produce a report on possible reforms to employment law. A preliminary version of this report leaked to the press proposed the introduction of 'no fault' dismissal, whereby employers would be able to dismiss workers within a relatively short period and with no fear of tribunal proceedings. The official toned down version of the report³⁴ advocated the introduction of a right for employers to dismiss workers without giving reasons in return for a standardised compensation payment. This highly controversial proposal, not supported by a majority of employers, was unambiguously rejected by the Business Secretary, Vince Cable. Hence, the announcement by the Chancellor of the Exchequer (the UK's finance minister), George Osborne, in October 2012, of his plans for a new employment status, came as a considerable surprise. Osborne presented his proposals as a radical change to employment law. 'You the company: give your employees shares in the business. You the employee: replace your old rights of unfair dismissal and

³³ Section 31 of the Growth and Infrastructure Act 2013; see Prassl, J., "Dismantling the contract of employment? The new employee shareholder status in the United Kingdom", *ELLN Working Paper* 1/2013. The text below relies heavily on Prassl's working paper.

³⁴ Beecroft, A., *Report on Employment Law 24 October 2011*, see <https://www.gov.uk/government/publications/employment-law-review-report-beecroft>.

redundancy with new rights of ownership.³⁵ Flying in the face of the controversy and opposition it provoked, the hastily adopted reform establishes a new employment status: ‘employee shareholder status’. Its objective is to simplify and clarify existing law and to stimulate economic growth. The idea of the new provision is simple, even if its application is likely to result in considerable confusion. In exchange for shares in the company (worth a minimum of £2000, approximately 2300 euro), a worker will be able to sign up for this status, which involves relinquishing certain rights, in particular, the right not to be unfairly dismissed and the right to a redundancy payment. Protection against discriminatory dismissals will be unaffected and, as a result of the Parliamentary debates, certain procedural guarantees for workers have been introduced. Despite these safeguards, the provision brings about a radical change to labour law. It is deprived of its public regulatory character as, notwithstanding their inherent inequality of bargaining power, the parties to the employment relationship may agree to waive its application. Thus, for Prassl, the measure does not simply introduce a new category of employment status but constitutes a fundamental assault on worker rights, with labour law itself becoming optional.

2.4 Greece: less costly forms of dismissal and longer trial periods

As is well known, as a result of pressure from the troika, Greece has been forced to make major reforms to labour law aimed at reducing the costs of employment and increasing flexibility in a system deemed too rigid. The law on dismissal has not remained untouched even if the reforms affecting it may appear slight in comparison with those in other areas.³⁶

³⁵ Osborne, G., ‘Party Speech 2012’, www.conservatives.com/News/Speeches/2012/10/GeorgeOsborne_Conference_2012.aspx, cited in Prassl’s working paper.

³⁶ Koukiadaki, A. and Kretsos, L., “Greece”, in Escande Varniol, *op. cit.*, p. 189.

Traditionally, Greek labour law has opted for a procedural framework governing the termination of the employment contract alongside a compensation scheme for workers dismissed. However, unlike the majority of European systems, Greek law does not lay down the reasons which an employer may invoke in order to terminate a contract of employment. Consequently, an employer is not required to give any reasons for the termination, and dismissal is not an act for which there must be good cause. If, however, the employer does have just cause, dismissal can be carried out without giving notice. Paradoxically, however, the Greek legislation has been presented as particularly rigid by reason of the size of the severance allowance to which workers are entitled in return for the employer's freedom to terminate the contract. The procedure for collective dismissals was criticised similarly. Consequently, it is in these two areas that the legislature has responded with Law 3863/2010 and Law 4024/2011.

Under Greek law, an employer may dismiss a worker if the termination is notified in writing, a notice period is observed and the worker is paid severance allowance calculated as a function of the worker's monthly wages, length of service and employment category. The notice period is shorter for blue-collar workers than it is for white-collar workers. If the employer observes the proper notice period, which can be quite substantial (up to 24 months for workers with over 28 years of service), the amount of the severance allowance is halved. In practice, however, most employers prefer to pay the full severance allowance rather than wait for the notice period to expire. Thus, in order to reduce the costs of dismissal, Law 3863/2010 reduces not the actual severance allowance but the notice period, which henceforth runs for a maximum of six months. Through this device, indirectly, the cost of dismissal is considerably reduced. In addition, from now on, an employer may spread the payment of the severance allowance through a series of individual instalments each amounting to two months' wages. Thus, this new system, which does not require the employer to pay the full

severance allowance at the time of dismissal, may increase employers' willingness to dismiss.³⁷

Law 4046/2012 has introduced further changes affecting the severance allowance by reducing the notice period to a maximum of four months. Measures have also been introduced in relation to workers with more than 16 months of service for whom a cap on the severance allowance has been set.

Under the previous legislation, workers with less than one year's service were entitled to a severance allowance of one month's wages. The Law of 2010 overturns this principle and puts in its place a form of single contract introducing a 'probationary' period of one year, during which an employer may terminate the contract without notice and without payment of any severance allowance. Thus, for a period of 12 months, an employer may terminate a worker's permanent contract of employment without any need for a reason, without any need for notice, and without any need to pay compensation. For workers with between one and two years' service, the notice period to be observed will be simply one month which, in turn, considerably reduces the costs of dismissal even further.

As was mentioned above, under Greek labour law, the legality of a dismissal does not depend on the existence of a reason. Nonetheless, internal rules may establish an obligation on the employer to state a reason for the dismissal and institute specific dismissal procedures. Law 4046/2012 renders ineffective all job security provisions of that kind such that from now on the only dismissal rules to apply are those laid down in legislation.

Finally, as regards collective redundancies, Law 3863/2010 redefines the relevant thresholds in order to ease the dismissal process. Prior to this new law, the collective redundancies

³⁷ Papadimitriou, C., "Le droit du travail grec face à la crise: un passage dangereux vers une nouvelle physionomie juridique", *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2012/2, p. 6.

procedure applied when at least four workers were dismissed in establishments employing between 20 and 200 workers, and if 2% of the staff were affected in establishments employing more than 200 workers. This threshold has been raised to six workers dismissed within a period of 30 days for establishments employing between 20 and 200 workers, and to 5% for others. This increase in the threshold, above which the redundancies procedure is triggered, accords firms with a new freedom, removing the procedural constraints that previously applied.³⁸

Several Greek trade unions have lodged collective complaints with the European Committee of Social Rights (ECSR), the body that monitors compliance with the European Social Charter, challenging several measures adopted by the Greek government, including the introduction of a probationary period of one year during which a worker may be dismissed without notice or compensation. In a decision published on 19 October 2012,³⁹ referring to its existing case law establishing that after one year of service a notice period of less than one month is too short to comply with the Charter, the ECSR held that a probationary period of one year, during which workers have no right to notice prior to the termination of the contract, violates the Charter, in particular, Article 4(4) of the 1961

³⁸ Palli, B., “Le droit du travail confronté à la faillite de l’Etat: le cas de la Grèce”, *Droit social*, 2013, p. 4.

³⁹ Decision on the merits *GENOP-DEI and ADEPY v Greece*, Complaint No 65/2011 (www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/default_en.asp). See also the ECSR decision on Complaint No. 66/2011, which found other elements of the austerity package to violate the Charter, in particular, the introduction of a minimum wage for young people that fails to respect the right of workers to a remuneration such as will give them and their families a decent standard of living (Article 4(1)) and that constitutes age discrimination. In five further decisions published on 22 April 2013, the ECSR held that the reforms to the pension system resulting in a significant reduction in old-age pensions also violate the European Social Charter (Complaints Nos. 76/2012 to 80/2012). See the present author in *Revue de droit du travail*, 2013, p 410; Deliyanni-Dimitrakou, C., “La charte sociale européenne et les mesures d’austérité grecques: à propos des décisions n° 65 et 66/2012 du CEDS”, *Revue de droit du travail*, 2013, p. 457.

Charter, according to which, all workers have the right to a reasonable period of notice for termination of employment. This finding is important for all countries tempted to implement a single contract of employment. Nonetheless, the measures are still in force, and although Greece has recognised the non-conformity with the Charter rights it has emphasised, all the same, the provisional nature of the measures taken in response to the crisis. The Greek government has indicated its intention to revoke these measures as soon as the country's economic situation permits, but does not envisage this happening before 2015.⁴⁰

2.5 Spain: greater flexibility in dismissal law

As in Greece, labour law in Spain has been subject to an unprecedented wave of reforms.⁴¹

Within the space of two years, under two governments of different political persuasions, two sets of important and relatively similar reforms have been introduced. As a sign of their close similarity, the titles of the two laws appear in both cases to signal the adoption of urgent measures reforming the labour market.⁴² In both cases, the aim is to make dismissals easier and to reduce the costs involved. According to the government:

... The goal of this law is to promote labour market flexibility so that it can develop adjustment mechanisms alternative to job destruction and reduce employment volatility – much higher in our country than in our other

⁴⁰ Resolutions CM/ResChS (2013)3 and (2013)2. The resolutions include Greece's response to the violations of the Charter established by the ECSR.

⁴¹ Miranda Boto, J.M. and Rodríguez Contreras, R., "Spain", in Escande Varniol, *op. cit.*, p. 189.

⁴² Decree Law No. 10/2010 of 16 June 2010, approved by Law No. 35/2010 of 17 September 2010 (Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, BOE, No. 227 of 18 September 2010) and Decree Law No. 3/2012 of 10 February 2012, approved by Law No. 3/2012 of 6 July 2012 (Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, BOE, No. 162 of 7 July 2012).

neighbour countries. To this end, the reform designs effective mechanisms of internal flexibility in companies to promote employment stability. The reform also modernises collective bargaining in order to bring it to the specific needs of companies and workers, and relies on the self-employed and SMEs, providing them with greater flexibility and adaptability. Collective agreements at firm level will have priority over any other. In order to deal with duality and to increase the effectiveness of the labour market, the reform reduces the compensation for dismissals for permanent contracts, approaching the costs of temporary and permanent work, and clarifies when dismissals for economic reasons can be used. A second measure that favours permanent contracts is the creation of a new contract for entrepreneurs and Small and Medium Enterprises, with a probation period of one year.⁴³

Thus, Spain has succumbed to the charms of the single contract of employment. With a view – in the words of the government – to ‘promoting employment stability and economic initiative’, a contract involving a trial period of one year has been introduced for firms with fewer than 50 workers. In addition, there are tax benefits for firms hiring workers on contracts of this kind.

The 2010 and 2012 reforms also amended the definitions setting out the circumstances in which economic dismissals will be regarded as justified, as, according to the government, ‘clarification’ was needed in that regard. As a consequence, it is now easier for an employer to justify recourse to economic dismissals. The Law of 2012 underlines the legislature’s mistrust of judicial scrutiny. According to the dictates of this logic, it needs to be ensured that the courts cannot substitute their own assessment for that of the employer. In other words, the idea is to ‘eliminate any assessment going beyond a simple recording of objective facts’.⁴⁴

The procedural framework governing dismissals has also been cut back as a result of the Laws of 2010 and 2012. The period of notice

⁴³ Document published by the Ministry of Economy and Competitiveness, February 2012, www.thespanisheconomy.com/SiteCollection/Documents/en-gb/Economic%20Policy%20Measures/120517%20labour%20market%20reform,%20brief%20description.pdf.

⁴⁴ Martin Puebla, E., “Entretien sur le droit du licenciement pour motif économique”, *Revue de droit du travail*, 2013, p. 129.

that must be given to workers has been reduced from 30 to 15 days. The period of consultation has been reduced to 15 days for firms employing fewer than 50 workers, and to 30 days for other firms (previously these were minimum periods). The Law of 2010 also allows the employer and worker representatives to have recourse to arbitration or mediation in place of consultation. Above all, the Law of 2012 has removed the requirement for administrative approval that was previously necessary.⁴⁵ Following the introduction of Law No. 3/2012 of 6 July 2012, the authorities' task has been completely transformed. It is limited now to issuing the parties with observations and recommendations of a non-binding nature, incapable of halting or suspending the procedure.⁴⁶

As for individual dismissals, whether for disciplinary reasons or for reasons beyond the worker's responsibility, the Law reduces the compensation payable if such dismissal is unfair. Compensation will now be limited to 33 days' wages for each year of service (previously 45 days' wages) with an overall maximum of 24 months' wages. In addition, the Law has repealed the obligation to pay wages due between the date on which the contract was terminated and the date on which employer acknowledged the unlawfulness of the dismissal (known as *salarios de tramitación*). Consequently, there is no longer any incentive for an employer to act quickly and to acknowledge that the dismissal was not justified.

In summary, significant areas of dismissal law have been rewritten: certain workers are now excluded from its scope following the introduction of special contracts involving a one-year trial period that may be used by firms employing fewer than 50 workers; the economic grounds justifying a dismissal have been redefined with a view to avoiding judicial scrutiny of the decision to dismiss (even if application of the law will involve considerable difficulties of interpretation), and dismissal costs have been reduced.

⁴⁵ Guamán Hernández, A. and Leclerc, O., "Abécédaire comparé de l'ANI du 11 janvier 2013. Vers un lexique commun des réformateurs en Europe", *Revue de droit du travail*, 2013, p. 202.

⁴⁶ Ibid.

2.6 Reforms in Germany, Hungary, Belgium and Sweden

Other countries, too, have experienced, or are undergoing, reforms to dismissal law. In Germany, in 2006, the threshold in terms of establishment size that triggers the application of unfair dismissal legislation was raised from five workers to ten workers.

In Hungary, a new labour code has been adopted that entered into force on 1 July 2012.⁴⁷ Once again, the objective is to introduce greater flexibility to labour law with a view to encouraging employment and the competitiveness of businesses. Although the reforms are significant, they leave the law on dismissal generally untouched, apart from one rather important detail. Following Italy's example, the legal consequences of a finding of unfair dismissal have been considerably watered down. Prior to the reform, where a dismissal was found to be unfair, the worker had a right to reinstatement together with an entitlement to full back pay to the date of reinstatement. At the same time, at the worker's request, or, exceptionally, at the employer's request and subject to the court's consent, an alternative to reinstatement was possible. In those cases, the court imposed a different legal sanction involving flat-rate compensation for loss of employment amounting to between 2 and 12 months' wages. In addition to reinstatement or compensation, back pay was due until the date of reinstatement or the date of the final decision by the court. That sanction came to be challenged on the basis, in particular, that it was too severe on employers because of the extreme length, in many cases, of the judicial process. From now on, other than in the five exceptions specified, reinstatement is no longer a general remedy for dismissal. The ordinary sanction for unfair dismissal will be compensation, with the maximum award set

⁴⁷ Gyulavári, T., "Hungary", in Escande Varniol, *op. cit.*, p. 233; Kollonay-Lehoczky, C., "Une 'troisième voie' en droit du travail? Un panorama du nouveau code du travail hongrois: entre un libéralisme extrême et des réminiscences de l'économie planifiée décentralisée", *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2012/2, p. 74.

at 12 months' wages in respect of lost income (in addition, other losses can also be recovered).

In Sweden, dismissal law is generally considered to be a protective scheme. It is based on the obligation to justify the dismissal, the application of (increasingly contested) seniority principles in the context of economic dismissals and important trade union rights to information, consultation and negotiation. One important aspect is the respect for the employer prerogative in relation to economic dismissals. As yet, this legislative framework – according, naturally, an important role to the social partners – has remained intact.⁴⁸ Nonetheless, serious growth in youth unemployment has led to discussions concerning the scope of employment protection legislation. In late 2012, a government inquiry suggested the introduction of a form of single contract for young persons. The idea was to introduce a new contract of educational employment for persons under the age of 23 featuring a trial period of 18 months (and not the six months that currently applies).⁴⁹ The proposals did not become law, but discussions continued on the scope of employment protection legislation. In 2011, the government established a commission to examine the law on dismissal.⁵⁰ In 2012, this commission submitted its report recommending the adoption of measures aimed at resolving dismissal disputes in a shorter period and at reducing the costs of dismissal. Some of the measures proposed were aimed at reducing the scope of a worker's right to reinstatement.⁵¹ Finally, although the legislative framework remains unamended, recent developments in case law have tended to weaken the seniority rules, and thus limit the protection accorded

⁴⁸ On this legislation and recent developments, see Rönmar M., and Numhauser-Henning, A., "Swedish employment protection in times of flexicurity policies and economic crisis", *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2012, p. 443.

⁴⁹ Government White Paper SOU 2012:580, commissioned by Committee Directive 2011:87. See also Engblom, S., "Sweden", in Escande Varniol, *op. cit.*, p. 325

⁵⁰ Committee Directive 2011:76.

⁵¹ Government White Paper SOU 2012:62.

to workers dismissed for economic reasons.⁵² According to Rönmar and Numhauser-Henning, 'the Swedish Labour Court's interpretation of employment protection in redundancy situations – as limited to protection against actual dismissals – can at the same time be seen as a clear expression of flexicurity, and is in line with an emphasis on employability as the future core of employment protection'.⁵³ In addition, the crisis has resulted in the social partners concluding collective agreements ('crisis agreements') that allow for the negotiation of local-level agreements under which, in return for an agreement to cut working time or pay, jobs can be safeguarded. As a consequence, the rules on dismissal may be avoided.⁵⁴ One of Rönmar and Numhauser-Henning's conclusions in relation to Sweden, which could be generalised in relation to a number of countries, is that 'there are clear signs that protection for individual employees in the future is likely to be found first and foremost in non-discrimination legislation. Thus, protection against discrimination appears – also in the employment protection area – as an increasingly evident principle in labour law'.⁵⁵

Finally, in Belgium, although reforms have taken place in relation to dismissal, the context for these is entirely country-specific and, thus, atypical in comparison with the rest of Europe. In essence, the discussions concerning dismissal law centred on the harmonisation of the regimes governing blue-collar and white-collar workers which provided for different notice periods and severance allowances. In a judgment of July 2011,⁵⁶ the Belgian Constitutional Court held that these differences violated Articles 10 and 11 of the Constitution (equality and non-discrimination). As a consequence, the Court

⁵² Swedish Labour Court judgments AD 2009:50; AD 2011:30 and AD 2012:11.

⁵³ See Rönmar and Numhauser-Henning, *op. cit.*, p. 465.

⁵⁴ These agreements appear somewhat similar to the agreements for safeguarding jobs introduced in France by the 2013 Law to secure employment, *see supra*.

⁵⁵ See Rönmar and Numhauser-Henning, *op. cit.*, p. 466.

⁵⁶ Judgment No. 125/2011 of 7 July 2011, *Deryckere v Conseil des Ministres*.

gave the government until 8 July 2013 to remove the discrimination. The discussions between the social partners were difficult. The trade unions representing white-collar workers sought to achieve an upward harmonisation of the provisions, but this was rejected by employers who saw this as an opportunity to obtain greater flexibility in relation to the notice period. At the last minute, a compromise was achieved. A single dismissal regime will apply henceforth to all workers. Existing notice rights are preserved, and, from 2014, the notice period will be determined in accordance with the new rules. In addition, the principle that reasons must be given for dismissal is introduced.⁵⁷

3 WHAT IS THE FUTURE OF DISMISSAL LAW?

From the overview presented above, the picture that emerges, notwithstanding the national specificities, is of a dismissal law in transformation, and, indeed, one may question whether these developments are not, in fact, evidence of a transformation of labour law and all its functions.

3.1 Structural reforms

Notwithstanding the diversity of the measures adopted, the political discourses accompanying these reforms and cited in justification are characterised by a considerable uniformity, irrespective of the political colours of the governments instituting such measures. There is a certain similarity in the titles given to many of the new laws. The terms ‘urgency’, ‘jobs’, ‘labour markets’, or even ‘modernisation’, feature heavily. Actions in relation to dismissal are generally included within measures seeking to introduce comprehensive labour market reforms. Thus, although the first few

⁵⁷ Law of 26 December 2013 introducing a single regime for blue-collar and white-collar workers in relation to notice periods. See also National cross-industry collective agreement No. 109 of 12 February 2014, concluded in the National Labour Council, on the statement of reasons for dismissal (Arrêté royal of 9 March 2014): [www.cnt.be/CCT-ORIG/cct-109-\(12-02-2014\).pdf](http://www.cnt.be/CCT-ORIG/cct-109-(12-02-2014).pdf).

months of the financial crisis generated responses of a short-term nature, aimed essentially at activating and strengthening societal measures designed to absorb the shock, the reforms that States have introduced subsequently are intended to be of a structural nature, whether or not the social partners are involved in the process. These measures are presented as a necessary response to a crisis in employment, with the need for urgency often stressed. But the crisis appears primarily to be invoked in order to validate the adoption of the measures. Namely, the ‘solutions’ adopted or proposed are not born out of the crisis; rather, they pre-date the crisis. And this is despite the fact that no serious evaluation has ever been carried out of the possible employment effects of these measures.

Sometimes, the notion of a single contract of employment has been the pretext for such developments.⁵⁸ Labour markets, particularly those in France, Italy and Spain, are regarded as consisting of a group of ‘protected’ workers on permanent contracts who co-exist alongside precarious workers, engaged in various forms of flexible working. One of the solutions advanced is to redefine workers’ rights, such as to reduce this division between labour markets. Proposals for a single contract of employment are far from uniform. Some advocate the introduction of a single contract with employment rights increasing over time. Others propose employment contracts with long trial periods. Sometimes it is suggested that the single contract should replace all the different forms of employment contract that exist, whereas others call for it simply to replace the standard permanent contract and the fixed-term contract, while allowing other specific contracts, such as that of

⁵⁸ Loy, G. (ed.), *Diritto del lavoro e crisi economica*, Ediesse, 2011. On various different proposals for a single contract, see Cahuc, P. and Kramarz, F., *De la précarité à la mobilité: vers une sécurité sociale professionnelle*, Rapport au Ministre de l’Economie, des Finances et de l’Industrie et au Ministre de l’emploi, La Documentation Française, 2004; Barthélémy J. and Cette, G., *Refondation du droit social: concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, Rapport au Conseil d’analyse économique, 2010; and Boeri T. and Garibaldi, P., *Un nuovo contratto per tutti*, Milano, Chiarelettere, 2008.

apprenticeship, to continue. Notwithstanding their diversity, these proposals share a common feature: the single contract of employment cannot but lead to a challenge, of greater or lesser severity, to the law on dismissal, whether this takes the form of suspending dismissal protection during long trial periods or in reducing the law's supposed rigidities. Developments of this kind, however, need to be flanked by the introduction of new rights improving the employability of workers. Within this perspective, discourses concerning flexicurity and the single contract of employment have certainly contributed to legitimise these measures attacking worker protection in the event of unilateral termination of their contract and/or weakening the rights enjoyed by workers during the initial period of their employment relationship.

Within the context of these labour market reforms, it is often the case that dismissal law appears to be affected only on the margins. The set of reasons by which a dismissal may be justified remains untouched. Instead, interventions concern matters such as remedies or the time limits within which claims must be brought. Recourse to the courts is discouraged. The length of 'trial' periods is extended (whereby they are trial only in name). The provisions at issue are generally of a technical and relatively complex nature with considerable scope for interpretation.

3.2 A decline in the protection accorded to insiders

Dismissal law protects those who are sometimes referred to nowadays as 'insiders', that is, workers whose employment is well protected. As a rule, there are four aspects to this protection. First, the law requires that there has to be good reason for any termination of the employment contract by the employer. Second, the termination is subject to procedural constraints ensuring that the reason for the dismissal is stated and that worker representatives, as provided for under the national system, are involved. Third, if the employer's action leads, in fact, to loss of employment, financial compensation must be paid. Finally, in the event of dismissal, workers must have access to a judicial body (or some other independent authority) which will scrutinise the employer's reason

for the dismissal and, if the dismissal is found to be unfair, sanction the employer.⁵⁹ To differing degrees, it is these four elements which are now under challenge.

As regards the procedural framework governing dismissal, we are witnessing a reduction in the information and consultation periods accorded to worker representatives, and sometimes a reduction in the scope of the procedural framework, as has happened in Greece or also in France, where the signing of a collective agreement to safeguard jobs is sufficient to ensure – where the workers do not agree to the contractual variations provided for in such an agreement – that the procedural framework will not operate. Likewise, extending the trial period also allows, throughout that period, for the application of the procedural framework to be avoided.

As regards the reasons that may justify dismissal, although one might imagine that a policy to make dismissals easier would have taken as its starting point a reformulation of the reasons regarded as just cause, paradoxically, this is the aspect least affected by the present reforms. With the exception of Spain, where we have witnessed a reformulation of the provisions permitting dismissals on economic grounds intended, in part, to widen the possibility for firms to resort to such dismissals and to remove such dismissal decisions from the scope of judicial scrutiny, other countries have not introduced explicit changes to the reasons justifying dismissal. Instead, these have been attacked indirectly. First, the introduction of ‘trial’ periods, no longer simply periods in which the employer can test workers’ abilities, but periods in which dismissal law is put aside, will allow employers a certain period in which they can terminate the contract without having to provide any reason. Second, the dilution of the sanctions for unlawful dismissal cannot but contribute to a further weakening of the principle that dismissal must be for just cause.

⁵⁹ Kollonay-Lehoczky, *op. cit.*, p. 74.

In this context, discussions concerning the costs of dismissal have contributed to the weakening of a worker's right not to be dismissed except for just cause. The idea that dismissals are too costly, and thus harmful to job creation, is relatively widespread today, and has led to a general weakening of sanctions. However, in many cases, discussions on the costs of dismissal do not distinguish between the cost of a lawful dismissal and the cost of unlawful dismissal – that is to say, a dismissal for which there is no just cause. This growing confusion between the cost of lawful dismissals and the cost of the sanctions for unlawful dismissals contributes here to a further undermining of the foundations of dismissal law. The confusion helps sustain the idea that every dismissal is potentially lawful, since it is the expression of an employer's legitimate power, not requiring precise justification of the dismissal. Within this logic, such power needs to be protected against abusive legal challenges brought by workers and the interference of the courts. However, to adopt the view that the sanctions for unlawful dismissal are too costly and to question those sanctions is, in fact, to challenge the very legitimacy of dismissal law. From a worker's perspective, what is the value in requiring just cause for dismissal if the sanction for not respecting that rule is weakened?

Developments in relation to workers' right to reinstatement (where this exists) are highly revealing in this regard. These developments reinforce the employer's power to dismiss, for whom a dismissal becomes simply an action involving greater or lesser costs. Sometimes, the redefinition of this right to reinstatement is justified by delays in the justice system. It is argued that the later a judgment ordering a worker's reinstatement is given, the more expensive the dismissal becomes. But if the cost of dismissal depends on the supposed lack of speed in the judicial system, which one may indeed query, would it not be better to address judicial procedure and not the sanctions regime?

Thus, this dilution of sanctions is leading to the employer's right to dismiss prevailing over the worker's right not to be unfairly dismissed. The scope of the employer's power to dismiss is increasing, subject to the non-discrimination principle as a final

constraint on this power. In fact, in all countries, there is a specific sanctions regime for discriminatory dismissals. Moreover, a contractual termination may be challenged, even when carried out during the trial period, if it appears that the termination was discriminatory. This entails the risk of a significant increase in the number of legal disputes alleging discrimination and of the development of a second regime governing dismissal, under which termination may be challenged on grounds of discrimination, existing alongside other types of dismissal.

Another common feature of these reforms, and which follows on from the previous feature, is the increasing challenge to judicial control of the reasons for dismissal, pursued on the basis of a particular conception of legal certainty. The desire to limit judicial 'interference' is translated in different ways: recourse to mediation, a reduction in the time limits within which to bring claims, reforms to the sanctions, etc. In reality, what is at stake behind the argument of legal certainty is the question of power in the firm,⁶⁰ and the desire to limit judicial control cannot but lead to a strengthening of the sphere in which the employer may act unilaterally. In a parallel development, the powers of the employer have been reaffirmed in relation also to changes in the organisation of the firm resulting in variations to workers' contracts of employment in cases where the reorganisation affects pay or working time. The trend amongst national reform measures is to permit the employer to impose variations of this kind.

3.3 Reforms in defiance of international law

In relation to a number of measures adopted by Member States, it may be questioned whether these are compatible with ILO Conventions, the European Social Charter, the European Convention on Human Rights, and with EU law itself. Several violations have been found to exist. For example, prior to its repeal by the legislature, the French contract for new hires was declared

⁶⁰ Nadalet, S., *op. cit.*

contrary to ILO Convention No. 158, first by the ILO Committee of Experts in November 2007, and then by the French *Cour de Cassation*, which has since then used the Convention to ensure that trial periods are not unreasonable.⁶¹ Likewise, the 'probationary' period adopted by Greece has been held by the ECSR to violate Article 4 of the European Social Charter, and a similar mechanism introduced by the United Kingdom was examined for compliance with the Equal Treatment Directive.⁶²

In relation to dismissals, other international instruments could also be invoked. Article 24 of the European Social Charter (as revised in 1996) recognises the right of all workers to protection in cases of termination of employment which includes: the right of workers not to have their employment terminated without valid reasons for such termination connected with their capacity or conduct, or based on, the operational requirements of the undertaking, establishment or service; the right of workers whose employment is terminated without a valid reason to adequate compensation or other appropriate relief; and the right of workers who consider that their employment has been terminated without a valid reason to appeal to an impartial body. The Charter of Fundamental Rights of the European Union recognises the right of all workers to protection against unjustified dismissal. Finally, the requirements of Council Directive 98/59/EC of 20 July 1998 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies must also be observed. In addition, as *Seymour-Smith and Perez*

⁶¹ Report of the committee established to examine the representation alleging non-observance by France of the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87), the Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98), the Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111), and the Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158), made under Article 24 of the Constitution of the ILO by the Confédération générale du travail – Force ouvrière. Governing Body of the ILO, 14 November 2007, Document GB.300/20/6, International Labour Conference, 97th Session, 2008, p. 538.

⁶² See *supra*.

demonstrated, discrimination law may also have a role to play.⁶³ Measures concerning young workers could be challenged for constituting age discrimination, prohibited under EU law. Finally, the right to a fair trial, guaranteed in particular by Article 6(1) of the European Convention on Human Rights, could be invoked in relation to certain measures.

In certain cases, reliance on international social rights may prove particularly effective, as the French example shows, where the introduction of a two-year trial period could be challenged by arguing for the direct application of ILO Convention No. 158. Where direct effect is recognised in relation to an international instrument, this opens up a further possibility for judicial review of national measures. Nonetheless, this recognition is not universal, and, above all, not all States have ratified the international instruments mentioned here. For example, ILO Convention No. 158 has not been ratified by Italy, Hungary, Greece, Belgium and the United Kingdom. The European Social Charter (as revised in 1996) has also not been ratified by all the Member States of the European Union (in particular, the United Kingdom, Germany, Spain and Greece have still to ratify). The same is also true in relation to the collective complaints procedure, which allows trade unions in particular to bring a complaint directly to the ECSR. From this perspective, therefore, one of the strategies worth exploring is to ensure that all Member States of the European Union ratify the European Social Charter (as revised in 1996) and the Protocol establishing the collective complaints procedure.

Another question may also arise. The social field is becoming an area characterised by the coexistence of a plurality of international sources and interpretations, which, in today's climate, is capable of

⁶³ In particular, Directive 2006/54/EC on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast) and Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation which prohibits, in particular, age discrimination.

generating conflicts of interpretation.⁶⁴ Within the European Union itself, contradictions exist between an employment policy promoting the adoption of ever greater flexibility and social policy Directives establishing a floor of rights that Member States may not challenge. Both the ECJ, and, more recently, the ECSR, have issued findings on the existence of age discrimination. The possibility cannot be excluded that their positions will diverge. One can certainly imagine that judicial dialogue may result in a harmonisation of the case law of these bodies. But one cannot be sure which direction that harmonisation will take.

3.4 Increased risks for workers

Many of these reforms have been presented as putting into practice the principles of flexicurity. Nonetheless, although these reforms aim also to install a certain security for workers, as is the case in France and Italy, the measures adopted struggle to construct a secure framework of employability as countries are faced with severe budgetary constraints. On the other hand, the security of workers is diminishing. The loss of employment, often facilitated by the reforms, may be accompanied by a reduction in dismissal compensation and no improvements in unemployment benefits, with the effectiveness of the training measures introduced often questioned. Analysing the matter in terms of risk, one has to concede that, although it is the employer who takes the decision to dismiss, it is, in fact, the worker who bears the financial and social risk. Traditionally, this power to dismiss has been balanced to a greater or lesser extent by financial compensation, and, in the majority of cases, by an obligation to justify the termination. Recent developments demonstrate that this allocation of risk is increasingly under threat. On the one hand, the categories of worker excluded from that allocation of risk continue to grow. Naturally, that already applies to workers on fixed-term contracts but, under the current circumstances, these are joined by workers in small firms

⁶⁴ Schmitt, M., “L’influence des conventions de l’OIT sur les jurisprudences européennes. Approche comparée en matière de droit de négociation collective”, *Revue de droit du travail*, 2013, p. 514.

(Germany), workers lacking the necessary period of service (United Kingdom, Greece and, in particular, Spain) and workers who 'choose' not to be covered by dismissal law (United Kingdom). On the other hand, the idea of dismissal as being an act for which just cause is required is challenged by a weakening of the sanctions regime. The risk to which workers have always been subject is increasing, and yet, at the same time, this has not been balanced with other benefits.

Regole e modelli del licenziamento in Italia e in Europa. Studio comparato*

Marcello Pedrazzoli

GIORNALE DI DIRITTO DEL LAVORO E DI RELAZIONI
INDUSTRIALI

Volume 2014, issue 141, pp. 3-54

* Questo studio riproduce in gran parte le prime tre sezioni di Licenziamenti in comparazione. La «flessibilità in uscita» nei paesi europei e la recente riforma italiana, che costituisce il capitolo 9 del libro, a mia cura, *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, Franco Angeli, 2014, 285-346. Nella presente versione, più contenuta, ho rielaborato specialmente la quarta sezione, nell'intento di mostrare che la c.d. riforma Fornero ha sancito la duplicità dei tipi di licenziamento e ne ha tratto regole anche in radice diversificate. Come già nel presentare il libro summenzionato, anche in questa circostanza voglio esprimere gratitudine ai collaboratori che hanno concorso alla comparazione in esame, ricordandone il contesto. Per il corso bolognese di «Diritto del lavoro comparato e transnazionale» nell'anno 2011-2012 avevo programmato come contenuto le discipline dei licenziamenti in Europa, banco di prova in specie gli ordinamenti francese, germanico, inglese, portoghese e spagna. Alla preparazione del corso, accollandosi l'approfondimento di un ordinamento a testa, hanno contribuito nell'ordine Giulio Centamore, Sabrina Grivet-Fetà, Luca Ratti, Federico Martelloni e Chiara Pederzoli. Nel *work in progress* della loro ricerca, sotto una guida assai invadente, è stato perseguito l'obiettivo di una esposizione organica del sistema di tutela di un certo paese, di mole contenuta ma completa nell'individuare gli elementi essenziali. Ne sono risultate le «ricognizioni» del detto libro a mia cura, trasfuse nei suoi capitoli da 2 a 6: Centamore, *I licenziamenti in Spagna*, 59-91; Grivet-Fetà, *I licenziamenti in Germania*, 93-122; Ratti, *I licenziamenti in Gran Bretagna*, 123-150; Martelloni, *I licenziamenti in Portogallo*, 151-183; Pederzoli, *I licenziamenti in Spagna*, 185-219. Nel capitolo conclusivo del libro, e pure nella presente versione, ho scelto di non misurarmi partitamente – tranne per qualche minimale richiamo – con tali contributi, né tanto meno di discettare intorno a singoli passaggi degli stessi. Ma la elaborazione dei menzionati collaboratori – del resto continuamente verificata e discussa cammin facendo – è assolutamente supposta e interiorizzata in quanto ho scritto. E poiché non avrei potuto fare la comparazione senza tali indispensabile apporti, li ho fin d'ora citati una volta per tutte.

1. *LE DISCIPLINE DEI LICENZIAMENTI IN FRANCIA, GERMANIA, GRAN BRETAGNA, ITALIA, PORTOGALLO E SPAGNA NEL SECONDO DOPOGUERRA* – Da tempo, nei più significativi paesi europei, il provvedimento con cui il datore recede dal rapporto di lavoro è stato munito di presupposti sostanziali e formali, di controlli procedurali e *ab externo* nonché di conseguenze sanzionatorie in caso di vizi e violazioni, al fine di garantire al lavoratore la conservazione del posto, o almeno sostegno (anche economico) quando lo perde. Nel quindicennio fra il 1965 e il 1980 la dimensione liberistica del recesso nelle locazioni di opere o di servizi, che con il *Code Napoleon* aveva padroneggiato gli ordinamenti civilistici continentali e anche di *common law*, cede il passo alla portata sociale del licenziamento e al rilievo delle esigenze che comporta. Perché la volontà unilaterale del datore sortisca l'effetto di sciogliere il rapporto di lavoro non basta più concedere la disdetta all'altra parte, come prima ordinariamente era sufficiente per i rapporti di durata. Se non sopravviene un motivo di qualificata gravità (giusta causa, *wichtiger Grund*, *cause grave*: il concetto ha il suo terreno d'elezione, non a caso, quando al rapporto di lavoro è apposto un termine) per esercitare legittimamente un tale nevralgico potere occorrono ragioni giustificanti e forme controllabili, a pena di conseguenze sanzionatorie.

Antefatti sporadici di questo mutamento si erano avuti già nella Repubblica di Weimar, nel 1920, quando prese forma la prima, compiuta «costituzione aziendale» e venne previsto che, contro il licenziamento, il lavoratore poteva sollevare reclamo avanti all'organo di rappresentanza del personale, adducendo alcune ragioni espressamente stabilite¹. E pure in Spagna, al tempo della

¹ Il *Betriebsrätegesetz (BRäteG)* del 1920 (legge che attuava, partendo dalle aziende, il disegno di *Wirtschaftsdemokratie* preconizzato nel § 165 della Costituzione del 1919), indicava al § 84 quattro ordini di ragioni per le quali il lavoratore poteva impugnare il licenziamento avanti all'organo di rappresentanza, e poi adire una commissione arbitrale. Se per questa il licenziamento era illegittimo, era prevista la prosecuzione dell'impiego (*Weiterbeschäftigung*), disponendo, in caso di rifiuto del datore, il risarcimento-indennizzo nella misura di una mensilità per anno

Seconda Repubblica, la legge aveva richiesto motivi di giustificazione del licenziamento, senza i quali il lavoratore era riammesso al lavoro o fruiva di un indennizzo².

Di ben altra compattezza e portata, spirituale e materiale, è tuttavia la combinazione di elementi e di tecniche assestatesi in Europa nel passaggio epocale richiamato, in particolare nelle legislazioni tedesca (già nel 1951, con un bell'anticipo), inglese (1965, 1971 e 1978), italiana (1966 e 1970), francese (1973), austriaca (1974), svedese (1974), portoghese (1975), spagnola (1978 e poi 1980)³. Qualche decennio dopo questa ondata, se ne è verificata un'altra che ha variamente portato, negli stessi luoghi innovazioni, revisioni, manutenzioni e aggiustamenti meritevoli di confronto.

Anticipandone alcuni per cenni, in Spagna si è snodato un percorso in tre tappe (2002, 2010 e 2012), con avanzamenti e retromarce che mostrano una continua insoddisfazione per le soluzioni⁴; in Germania le leggi denominate *Hartz*, fra il 2003 e il 2004, hanno

di servizio: niente di nuovo sotto il sole, verrebbe da dire (v. *infra*, *amplius*, § 14 e nt. 98).

- ² La *Ley de contratos laborales* del 1931 introdusse per il licenziamento *improcedente* (non giustificato) l'alternativa fra *readmission* e *indemnizacion* (il primo termine implicava, come per noi, la costituzione di un nuovo rapporto di lavoro). Il relativo *derecho de opcion* era attribuito al datore di lavoro.
- ³ Premetto l'indicazione dei numerosi provvedimenti così allusi, che saranno di continuo richiamati nelle loro abbreviazioni ufficiali: *Kündigungsschutzgesetz (KSchG)* 1951; l. 604/1966; *Redundancy Act* 1965, *Industrial Labour Relation Act (ILRA)* 1971 e *Employment Protection Consolidation Act* 1978; loi (francese) 3.7.1973; *Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG)* «ricomposta» in Austria col 1974; *Employment Protection Act* emanato in Svezia nel 1974; *Lei des despedimientos* (portoghese) del 16.7.1975, e poi art. 53 Cost. del 1976; Real Decreto Ley 17 del 4.3.1977, in Spagna, seguito dallo *Estatuto de los trabajadores* del 1980 (in mezzo la Costituzione del 1978).
- ⁴ Caratteristica la vicenda del c.d. *despido exprés* (su cui, *amplius*, *infra*, § 2), istituito introdotto nel 2002, ma soppresso con la Ley de 6 julio 2012, n. 3 (legge che riduce pure gli indennizzi in caso licenziamento *improcedente*: v. *infra*, § 12).

apportato modifiche significative in un *corpus* pur ben strutturato⁵; in Francia, dopo aver in parte sperimentato forme di c.d. contratto unico, senza vincoli al licenziamento nella fase iniziale (*CNE* e *CPE*), nel 2008 è stata stabilita la possibilità, nei nuovi contratti di lavoro, di convenire previamente l'indennizzo in caso di licenziamento (*rupture conventionnelle*)⁶; in Portogallo, infine, per suggerimento dell'Unione (con pressioni non dissimili da quelle pure a noi pervenute nel frattempo) nel 2012 sono state allargate le ipotesi di licenziamento per motivi oggettivi e si è inciso sul relativo indennizzo preventivo⁷.

In Italia, dopo la novellazione del 1990 (l. n. 108) si è trascinata per più di vent'anni una discussione inconcludente, evocata dal richiamo emotivo all'art. 18, tra vani annunci di cambiamento. Per l'infittirsi, nel 2011⁸, delle pressioni europee, la materia è stata riconfigurata dalla riforma Fornero (art. 1, cc. 37-67, l. 28.6.2012, n. 92), che ha tra l'altro smontato il baluardo reintegratorio caratterizzante la tutela nell'area c.d. forte o reale, sminuzzando la reintegrazione, fino ad allora onnipervadente e esclusiva, in una molteplicità di regimi

⁵ Con la IV legge *Hartz*, in vigore dal 1° gennaio 2004, è stato introdotto l'indennizzo previo nel licenziamento per ragioni aziendali, con portata preclusiva dell'azione giudiziaria. Si badi che un consimile indennizzo preventivo era già comparso nei decenni precedenti in Gran Bretagna (1965), in Spagna (1977) e in Portogallo (1989): cfr. *amplius infra* § 15. La legge *Hartz* suddetta ha inoltre (ri)stabilito: che le tutele contro il licenziamento valessero solo nelle unità con più di 10 addetti; che il termine per iniziare l'azione in giudizio fosse generalizzato in tre settimane; che nel licenziamento collettivo dovessero essere applicati, accanto e prima dei criteri di scelta concordati in sede di *betriebliche Mitbestimmung*, quelli fissati legislativamente.

⁶ Per qualche altro ragguaglio su queste normative, in contrapposizione con quanto accaduto in Spagna, v. subito *infra* § 2.

⁷ A parte la sensibile diminuzione dell'indennità di cessazione del rapporto (legge n. 53 del 14.10.2011), è poi intervenuta la legge 25.6.2012, n. 23, che affronta questioni in punto a licenziamenti, orario di lavoro e contrattazione collettiva e introduce semplificazioni antiburocratiche a favore della libertà di impresa (cfr. Monteiro Fernandez, 2012, 144 ss.).

⁸ Per il resoconto cfr. Orlandini, 2012, 619 ss., qui 648-649, che va giustamente ben oltre la nota lettera della BCE dell'8.8.2011.

sanzionatori, persino solo indennitari. Ma sulla portata di questa riforma⁹ riprenderò il discorso alla fine, compiuta la comparazione che serve a comprenderla (*infra*, IV).

2. *DIMENSIONI DA PREMETTERE CON RIGUARDO AL LICENZIAMENTO PER RAGIONI OGGETTIVO-ECONOMICHE: ALTERNATIVE FUNZIONALI DI SOLUZIONE; CARATTERE SOCIALMENTE PREGIUDIZIEVOLE ANCHE QUANDO È LEGITTIMO; ESIGENZA DI PRECALCOLABILITÀ DEL SUO COSTO* – Nel problema (dis-in)occupazionale, il licenziamento è la componente più appariscente e di maggior sofferenza individualizzata, ma non ne è la tessera più importante. Vi sono un «prima» e un «dopo» anche più determinanti, e sono essi (includendovi pure la «inoccupazione»: nt. 14), che costituiscono di fondo la questione del «diritto al lavoro»¹⁰. Si vuol dire che, intervenendo le discipline del licenziamento a babbo morto, la loro efficacia e qualità non sono valutabili a sé, ma nel quadro dei contesti normativi che stanno a monte e a valle dell'evento luttuoso. Non solo: come subito vedremo, fuori dai motivi soggettivi il licenziamento è un problema sociale anche se è legittimo a stregua dell'ordinamento.

Questo il «non detto» del licenziamento: che si compone quindi di varianti influenzate dalla struttura economica, dalla cultura amministrativa e dalle scelte politiche di spesa sociale, oltre che da altri fattori. Come si è ben osservato, «il fondamentale profilo funzionale del licenziamento [...] rappresenta storicamente il risultato di fattori esterni» alla sua disciplina, che sono dati dai livelli (alti-bassi) del sussidio di disoccupazione, dal funzionamento (buono-cattivo) del sistema pubblico di servizi all'impiego, dall'impostazione in prevalenza conflittuale o partecipativa delle organizzazioni sindacali e datoriali nonché dalle opzioni su come

⁹ Quanto al primo commento sulla riforma si rinvia alle indicazioni di nt. 117.

¹⁰ Per questo approccio più complesso, in altra *sedes materiae*, Cinelli, 2013, 328 ss.

deve svilupparsi l'ordinamento intersindacale ¹¹ . Queste determinanti ulteriori concernenti le tutele di mercato del lavoro, integrano funzionalmente in modo necessario le discipline del licenziamento, anche se sono esterne (e in apparenza estranee) alle sue discipline.

Alla luce di ciò, la tastiera delle tecniche normative a disposizione si estende a coefficienti che vanno oltre la triade motivi-causalità, forma-procedimento e sanzioni-rimedi e possono assumere una rilevanza anche più decisiva. Così nell'esperienza scandinava, in ispecie ma non solo danese, e pure olandese – in cui trova la sua accezione originaria il magico ossimoro di *flexicurity*¹² – accanto (e in parte al posto) degli elementi della triade in esame operano altri fattori, in variante connessione sinergica. In Danimarca la scarsa protezione accordata alla stabilità del posto di lavoro si accompagna non tanto ad un corposo sostegno al reddito del disoccupato, quanto all'efficienza dei servizi indirizzati a ricollocare il lavoratore, dopo averlo eventualmente formato e riqualificato¹³; con una cura per i c.d. mercati transizionali dimostrata dalle risorse considerevolmente maggiori destinate alla soluzione del problema e ottimizzate dal clima collaborativo e fiducioso di attori e utenti coinvolti.

Poiché ad attenuare l'impatto sociale della perdita del posto, in effetti, più di ogni altro elemento paiono determinanti le decisioni di

¹¹ Così Nogler, 2012c, 661 ss., qui 663 e ss. (ora in Pedrazzoli, a cura di, 2014, cap. 7).

¹² Sulla idea di *flexicurity* (coniugare la flessibilità nel rapporto di lavoro, comprese le discipline del licenziamento, con la sicurezza nel mercato del lavoro, attraverso forme di sostegno del reddito ma, ancora più, di misure attive di *workfare*, che garantiscano in caso di disoccupazione l'acquisizione rapida di un nuovo posto), si sono poi innestate configurazioni descrittive, ad esempio quella imperniata sulla combinazione (in sedici varianti) di quattro tipi di flessibilità e di quattro tipi di sicurezza: cfr. Wilthagen, Tros, 2004, 166 ss. Nell'immensa letteratura sul tema, cfr. il Libro Verde della CE (2006), *Modernizzare il diritto del lavoro*, nonché gli otto principi comuni adottati dal Consiglio Europeo nella seduta del 14.12.2007 (*Towards common principles of flexicurity*).

¹³ Come è stato rimarcato da Carinci M.T., 2012a, 527 ss., qui 533-535.

politica sociale, se queste incidono selettivamente sulla disoccupazione-inoccupazione (specie giovanile e/o femminile e/o di lunga durata) possono ben avere come *pendant* una disciplina non restrittiva del licenziamento. Invero, se viene circoscritta nel tempo l'esposizione alla mancanza di lavoro del lavoratore licenziato, la flessibilità in uscita diventa una componente supportabile del relativo *turn over*¹⁴.

Nel licenziamento per ragioni oggettive ed economiche, che sta in via esclusiva sullo sfondo di questi semplici pensieri, il problema si pone perverso anche quando il licenziamento è legittimamente disposto, e quindi a prescindere dalle ragioni e torti in un eventuale contenzioso. Prima e oltre l'ottica della valutazione causistica della sua illegittimità, il licenziamento (incolpevole) per ragioni economiche costituisce di per sé un fatto socialmente pregiudizievole, un fatto dannoso *tout court* perché coesteso ad un rischio (professionale) a cui il lavoratore è esposto. Perdere il lavoro per motivi di tipo oggettivo-economico è quindi problema contrassegnato dall'esigenza di sicurezza sociale; e in quanto tale viene in rilievo, ed è da affrontare, pure se il licenziamento non è inficiato dai vizi e/o dalle anomalie che consentono la risposta sanzionatoria.

Nell'era dell'assoluto predominio del tipo di licenziamento in esame (cfr. *passim* e comunque *infra*, §§ 14, 16 e 17), per la fondamentale dimensione di *welfare* che lo permea quale rischio sociale, viene

¹⁴ L'eccettuazione della «inoccupazione» dalle provvidenze connesse allo «stato di disoccupazione», giusta l'ipotesi meritocratica «lavoristica», determina una crudele inequità e falsifica la realtà. Gli inoccupati più diffusi (donne e giovani, specie in certi territori), disincentivati (scoraggiati) a iscriversi nelle liste, come noto non compaiono nelle statistiche, che sono perciò infedeli e finiranno nel «sommerso». Ne viene che le cifre presentate dalle analisi comparate in materia, dovrebbero essere lette anche alla luce del come è ripartita, fra i diversi fattori di rischio, la spesa sociale dei paesi confrontati. La unificazione di «disoccupazione» e «inoccupazione» anche nei trattamenti a sostegno del reddito (ora stabiliti solo per chi ha perso il lavoro), è una prospettiva di *welfare* sempre più considerata (e anzi un cavallo di battaglia anche da noi nel progettato *Jobs Act* del centro sinistra).

marcata la differenza dal licenziamento per ragioni di inadempimento (soggettive, disciplinari o anche discriminatorie): situazione peculiare e marginale che padroneggia (psicologicamente e costruttivamente) la materia, mentre va ridimensionata ad eccezione, da focalizzare a sé, in via separata.

Se, nell'ottica del lavoratore, l'aspetto più determinante è l'«indifferenza» del dato se il licenziamento per motivi economici sia o meno legittimo, che cosa è più rilevante nell'ottica del datore di lavoro? È diffusa, quasi ossessiva, l'attenzione imprenditoriale al problema del costo che deriva dall'adozione del provvedimento, questione che si compone di una duplice incertezza e/o imprevedibilità: quella sull'esito del giudizio nel merito e quella sulla durata del processo nel tempo¹⁵. Per risolvere questo problema vengono sovente emanate, a volte sollecitate da influenti *policy maker*, norme con cui attenuare o eliminare, in via diretta o indiretta, l'alea dell'incalcolabilità, come è accaduto in Francia e Spagna nell'ultimo decennio, con rapidi aggiustamenti di tiro non appena compreso che il meccanismo adottato non funzionava o era troppo invisibile.

Così, sulla scorta di rapporti commissionati dal Governo francese¹⁶, sono stati sperimentati, fra il 2005 e il 2006, due contratti che nella fase iniziale non prevedevano tutela contro il licenziamento: il *Contrat Nouvelles Embauches (CNE)*, con l'obiettivo di favorire l'impiego nelle imprese con meno di 20 dipendenti¹⁷; e il *Contrat*

¹⁵ L'incertezza sul costo da durata preoccupa anche nei paesi dove il processo dura nettamente meno che da noi, in quanto nel licenziamento illegittimo sono di massima dovute al lavoratore le retribuzioni che maturano *medio tempore*, in certi casi anche quando alla fine venga concordata, o disposta, la tutela indennitaria (sulle numerose varianti, come quelle spagnole relative ai *salarios de tramitación*, o al rilievo dell'*aliunde perceptum*, mi soffermo *infra*, §§ 12 e 13).

¹⁶ Blanchard, *Tirole*, 2004, 161 ss. (Relazione del 2003 per il *Conseil Français d'Analyse Economique*); Cahuc, Kramarz, 2004. In questi rapporti è palese l'obiettivo di neutralizzare i fattori di incertezza giudiziaria che impediscono o perturbano le previsioni imprenditoriali.

¹⁷ In tale contratto, a tempo indeterminato e in linea generale sottoposto alla disciplina ordinaria (istituito con ordinanza n° 2005-893 del 2.8.2005

Première Embauche (CPE), finalizzato a incentivare (indipendentemente dalla dimensione dell'impresa) l'impiego di giovani di età inferiore a 26 anni¹⁸.

Messo fuori gioco il *CNE* nel 2008¹⁹, la calcolabilità preventiva del costo del licenziamento è stata perseguita, non più di sghimbescio con il c.d. contratto unico, ma in modo diretto con uno strumento universale, la *rupture conventionnelle* (anche detta *rupture amiable*)²⁰: un accordo – da assoggettare ad omologazione amministrativa per la quale è contemplato il meccanismo del silenzio assenso – con cui in ogni rapporto di lavoro, anche in corso, le parti definiscono preventivamente la data di risoluzione del contratto e i trattamenti economici che ne conseguono²¹. Una volta omologata,

e rimasto in vigore fino al 2008: v. sotto nt. 19), se una delle parti recede nei primi due anni, il lavoratore non può reagire sul piano giudiziario, salvo che non adduca il motivo disciplinare o discriminatorio del licenziamento. Di contro il datore recedente era tenuto a corrispondere al lavoratore un'indennità nella misura dall'8% della remunerazione lorda complessiva percepita nel corso del rapporto, nonché a versare agli organismi di gestione della *assurance chômage* un contributo di solidarietà pari al 2% della stessa.

- ¹⁸ Concepito con finalità di contrasto alla disoccupazione giovanile (giusta la legge n. 2006-396 del 31.3.2006), il *CPE* ha incontrato l'opposizione di piazza dei potenziali destinatari (studenti e sindacati), tanto che non venne neppure approvato in parlamento.
- ¹⁹ A seguito delle dure reazioni da parte della dottrina, tale istituto è stato ritenuto illegittimo dalla Corte di Cassazione francese; la quale, con sentenza del 1.7.2008, ne ha dichiarata l'incompatibilità con la Convenzione OIL n. 158 del 22.6.1982 (ratificata dalla Francia con legge n. 88-1242 del 30.12.1988), nel cui art. 4 si prevede che un lavoratore non possa essere licenziato «in mancanza di un valido motivo di licenziamento legato all'attitudine o condotta del lavoratore ovvero fondato sulle esigenze di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio».
- ²⁰ Introdotta dalla Loi de modernisation du marché du travail 25.6.2008, n. 596.
- ²¹ Più in dettaglio, a garanzia della libertà di consenso, il lavoratore può farsi assistere da un rappresentante sindacale o da un *délégué du personnel*, o da un membro eletto nel *comité d'entreprise*; ovvero, in assenza di tali organi, da un *conseiller du salarié*. Inoltre, per consentire una meditata ponderazione, tra la firma della convenzione e la trasmissione della medesima all'autorità amministrativa per

la «convenzione di rottura» garantisce all'impresa la certezza su quando avverrà, e su quanto costerà, l'estinzione del rapporto.

In Spagna è stata introdotta, nel 2002, la disciplina del c.d. *despido exprès* (che fu trasposta nell'art. 56, c. 2, *ET*), una scorciatoia consimile e anche più maliziosa, ora tolta di mezzo. Grazie ad essa, l'imprenditore poteva in sostanza sanare *ex postea* il licenziamento illegittimo (*improcedente*), senza corrispondere le retribuzioni *medio tempore* (*salarios de tramitación*), erogando al lavoratore l'indennizzo previsto dalla legge²². Di un tale *despido individual libre pagado* si è però fatto abuso, con distorsioni irrazionali nel selezionare le esuberanze (giovani, invece di anziani, perché l'indennizzo era minore). Insiadatosi il governo di centro-destra, è intervenuto il Regio Decreto n. 3 del 2012, in cui alla soppressione del *despido express* fa da contraltare la previsione di una nuova forma di contratto unico (*Contrato de Trabajo de Apoyo a los Emprendedores*)²³.

In conclusione, nell'esperienza comparata l'esigenza di superare l'incertezza imprenditoriale sul costo del licenziamento pare essere soddisfatta da due forme o modalità che in Spagna e Francia si sono succedute con moto inverso nel tempo: o si eliminano i vincoli del

l'omologazione, deve trascorrere un intervallo minimo di 15 giorni nel quale può essere esercitato il diritto di ripensamento (*droit de rétractation*). Infine, l'*indemnité spécifique de rupture conventionnelle* non può essere di misura inferiore a quella in generale prevista all'art. L. 1234-9, *CT* per l'indennità di licenziamento.

²² Il lavoratore poteva ovviamente rifiutare l'indennizzo, ed impugnare il licenziamento in sede giudiziaria; ma era restio ad agire, se non sussistevano motivi di nullità che comportassero la reintegrazione, perché il datore di lavoro, avendo il diritto d'opzione, avrebbe scelto lui stesso di corrispondere l'indennizzo che il lavoratore poteva ottenere col *despido express*. Questo marchingegno è stato soppresso dalla Ley de 6 julio 2012, n. 3, con pertinente analisi delle distorsioni che comportava. Per meglio inquadrare tali snodi, v. sulla disciplina spagnola, quanto esposto *infra*, § 12.

²³ Contratto di lavoro a tempo indeterminato di nuovo conio, nel senso che è imperniato su una «prova lunga» (un anno), durante la quale è ammesso il libero licenziamento. Il contratto è utilizzabile nelle imprese al di sotto dei 50 dipendenti.

licenziamento almeno nella fase iniziale del rapporto, attraverso una qualche forma di c.d. contratto unico; ovvero si promuove un meccanismo convenzionale per fissare previamente *inter partes* il costo della risoluzione anticipata del rapporto. Nella discussione sul c.d. *Jobs Act* che si sta aprendo in Italia, pare propendersi per la prima strada, da ultimo imboccata in Spagna; mentre la Francia ha dovuto abbandonarla per imboccare la seconda strada.

3. *LIMITI DELLA COMPARAZIONE* – Dopo che nelle premesse è stato un po' chiarito il «non detto» del licenziamento, prima di accingermi alla comparazione tengo a dichiarare che non ho alcuna pretesa di proporre ricette o modelli. La materia dei licenziamenti è tetragona alle grandi scorribande imitative. Pur presentandosi nei paesi analizzati questioni paragonabili – con relativa simultaneità ad ondate successive – non si riscontrano soverchie coincidenze nelle soluzioni normative, ma semmai qualche meccanica trasposizione di accorgimenti secondari o marginali. In consonanza con scetticismo e cautele sollevati da un celebre insegnamento²⁴, sembra che le storie e le sensibilità nazionali abbiano frenato, e anzi precluso, «trapianti» troppo precisi e contestuali. Solo l'indennizzo preventivo nel licenziamento per ragioni economiche – soluzione che appare nei diversi ordinamenti in un arco di tempo molto largo²⁵ – ha avuto una estesa diffusione.

Né concorrono a esiti di uniformizzazione in materia le normative dell'Unione (al di fuori dei licenziamenti collettivi²⁶), nonostante il profilo di un «principio di stabilità», imperniato addirittura sulla reintegrazione, che (secondo taluni in modo vincolante) dovrebbe

²⁴ Cfr. Kahn-Freund, 1974, 785 ss. *Adde*, più di recente, Legrand, 2006, 1 ss.

²⁵ L'istituto (v. nt. 5) si è espanso da Gran Bretagna, a Spagna, a Portogallo, a Germania in un arco temporale piuttosto considerevole (trent'anni: 1965-2004), per cui indica semmai una tendenza evolutiva (come si metterà in luce *amplius, infra*, § 14).

²⁶ La intensa proceduralità e il coinvolgimento delle rappresentanze dei lavoratori che contrassegnano ovunque la disciplina dei licenziamenti collettivi scaturiscono dalle Direttive 10.2.1975, n. 129 e 20.7.1998, n. 59, generalmente trasposte nei paesi membri (persino nel Regno Unito).

essere tenuto in conto ex art. 30 CDFUE²⁷. Il licenziamento, infatti, è istituito non malleabile ad opera dell'Unione, come mostra la competenza ad essa affidata, ma inevasa, dall'art. 153, § 1, lett. *d*, TFUE; onde dal principio di «giustificazione necessaria» ricavabile dal citato art. 30, non pare possibile estrarre portate più impegnative²⁸.

In un quadro siffatto, «comparare» ha semplicemente lo scopo di attingere conoscenze per affrontare nel modo più congruo il problema, in tutte le sue sfaccettature anche inaspettate, avendo analitica conoscenza dei marchingegni escogitati e consapevolezza delle equivalenze funzionali di soluzione²⁹. La ricaduta operativa di questa banalità è mettere alla prova del raffronto le diverse soluzioni, per selezionare la più adatta nella tensione al miglioramento (*benchmarking*). Se in più ordinamenti (o in un ordinamento significativo) compaiono regole che sottendono una certa esigenza, o viene adottato un qualche approccio o marchingegno normativo per affrontare un nodo, è utile e anzi indispensabile saperlo in modo da valutare se bisogna correre ai ripari, correggere manchevolezze ed evitare errori.

I. Ambiti di motivi e ipotesi di giustificazione: sulla c.d. causalità del licenziamento

4. DICOTOMIE E TRIPARTIZIONI DELLE RAGIONI LEGITTIMANTI: NATURA «AUTO-OSTENSIVA» DELLE DEFINIZIONI – Il provvedimento datoriale

²⁷ Il disposto recita: «Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali» (il contenuto è più succinto e limitato di quello dell'art. 24 della CSE, introdotto nel 1996).

²⁸ Nonostante gli sforzi di Orlandini, 2012, *passim*, a favore della tutela reintegratoria.

²⁹ Che conoscendo bene gli altri sistemi sia possibile migliorare pure il nostro, tenterò di mostrarlo facendo emergere le magagne del vecchio art. 18 St.lav. alla luce della comparazione: vedi *infra*, § 15, l'elenco in sette punti da *a* a *g*.

estintivo del rapporto di lavoro è anzitutto assoggettato a *presupposti o requisiti* giustificativi, in presenza dei quali deve ritenersi giustificato (più genericamente, lecito o legittimo). Il contesto così evocato (la «causalità del licenziamento») non è affatto lineare, sia perché si impernia *pour cause*, su concetti polisensibili e irti di difficoltà, come «causa» e «motivo»³⁰; sia perché i suddetti presupposti o requisiti sono denotati in modo poco specifico, e a volte assolutamente generico. Evitando gli approfondimenti che comporterebbe il primo discorso, assumo che le cause, o motivi, o ragioni, richiesti per la legittimità del licenziamento, vadano intesi come limiti esterni del relativo potere, o se si vuole siano i presupposti di esercizio di un potere modificativo sostanziale, esercitando il quale il rapporto di lavoro si estingue³¹.

Va aggiunto che nel contesto assume forte rilievo l'alternativa efficacia/inefficacia, con le sue ricadute sull'atto invalido o illegittimo³². Se i presupposti giustificativi «costituiscono» il potere di licenziare, e non i limiti interni del licenziamento, la loro assenza rende inefficace l'atto di esercizio del potere. Ma quando la sanzione prevista è data da un obbligo risarcitorio, quei presupposti non costituiscono il relativo potere; e anche se essi non sussistono il licenziamento resta «efficace»³³.

Nel giudizio sulla giustificazione – centrale nel licenziamento per la c.d. causalità che lo deve sorreggere – al livello più alto di astrazione, si presentano anzitutto grandi classificazioni, che si possono chiamare «macromotivi». Nel caso italiano, francese,

³⁰ Senza soffermarsi su agguerrite concezioni teoriche circa la giustificazione come «causa», ovvero «motivo» (in senso tecnico) del negozio, v. in contrapposizione, fra gli interventi recenti, Carinci M.T., 2005, 105 ss.; Gragnoli, 2006, 6 ss., 25 ss.

³¹ V. Consolo, 1991, 570 ss.; Tullini, 1994, 189 ss.; Nogler, 2007, 616 ss.; Zoli, 2008, 42 ss.

³² Si riprenderà *amplius*, al § 11, questo tema. Invero, per dipanare ogni discorso sul licenziamento, c'è bisogno di porsi la preliminare domanda se il vizio comporta o meno l'inefficacia dell'atto.

³³ V. Nogler, 2007, 617; Tullini, 1994, 179 ss.

spagnolo³⁴ e, a suo modo, inglese sono espressi mediante *dicotomie* o *bipartizioni*; nel caso tedesco mediante una *tripartizione*. Nella dicotomia francese si differenziano il *motif personnel* e il *motif économique*, che è contrapposizione più blanda e con portata diversa – vedremo subito – di quella nostra fra motivo soggettivo (disciplinare) e oggettivo (economico). Ancora più eccentrica appare la bipartizione inglese, perché l'ipotesi dell'esuberanza (*redundancy*) assume una valenza fortemente distinta, pur partecipando all'eterogeneo aggregato di situazioni (*circumstances*) rispetto alle quali viene in rilievo il carattere *fair* o *unfair* del *dismissal*.

Quanto alla *tripartizione* tedesca (e pure austriaca), il licenziamento deve ricollegarsi a (appoggiarsi su) motivi (*Gründe*) che attengono (a) alla «persona» (*Person*) o (b) al «comportamento» (*Verhalten*) almeno colposo del lavoratore, ovvero derivare da (c) «pressanti esigenze aziendali» (*dringende betriebliche Erfordernisse*). Diversamente, esso è privo di «legittimazione (legittimità) sociale» (è *sozial ungerechtfertigt*, come si esprime il § 1, *KSchG*). In questa tripartizione il licenziamento *personbedingt* include situazioni che vanno collocate nel «motivo personale» della bipartizione francese (cfr. artt. L 1232-1 e ss. *Code du Travail*); per cui quest'ultima casella comprende, accanto alle ragioni disciplinari (che per i tedeschi sono invece *verhaltensbedingt*), anche quelle oggettivamente connesse alla persona, come le inabilità sopravvenute del lavoratore, la sua *insuffisance professionnelle* e il superamento del periodo di comporto: ipotesi invece da noi incluse di massima nell'ambito del motivo oggettivo (con oscillazioni quando viene in discorso il c.d. scarso rendimento)³⁵.

A parte tali scostamenti, o altre divergenze minute (che pur potremmo registrare comparando gli incasellamenti classificatori),

³⁴ Si veda l'enfatizzata distinzione, in via generale, fra *causas obiectivas de extincion* e *despido disciplinario*. Riprendo il discorso (su cui pure la nt. 130), sotto, § 5, all'inizio.

³⁵ Per puntualizzare tale questione di confine, v. da ultimo Pedrazzoli, 2011b, 81 ss.

importa in proposito introdurre un assunto di fondo, che risulterà più chiaro dopo esserci addentrati nella definizione dei licenziamenti «economici». Il quadro tripartito dei tedeschi (come le bipartizioni in precedenza accennate) non indica propriamente i motivi del licenziamento, ma le classi di ragioni (o ambiti, o aree) entro cui debbono potersi ricondurre i motivi effettivi di un concreto licenziamento: sono appunto questi secondi a dover essere collaudati, per decidere se sussiste o meno la giustificazione nel caso di specie.

L'ascrizione (generica) di un licenziamento concreto ad uno, o a più d'uno, dei tre «macromotivi» tedeschi, o all'una o all'altra casella nelle bipartizioni viste per gli altri paesi, individua un'appartenenza: è una prima presa d'atto, grazie a cui viene selezionata, ad esempio, la forma da adottare e/o il procedimento da osservare in quel certo caso. Ma l'incasellamento nell'una o nell'altra delle classi che esaustivamente delimitano tutti i possibili licenziamenti, non serve di per sé ai fini della giustificazione³⁶. Per la sussistenza di questa – come vedremo meglio dopo aver considerato pure i licenziamenti per ragioni economiche (*infra*, § 6) – bisogna andare al di là dell'inclusione in un macromotivo, verificando se l'atto si fonda su

³⁶ Le classificazioni, di cui alle dicotomie (italiana, francese, spagnola e inglese) e alla tripartizione tedesca, hanno la portata di preconstituire il luogo dove va collocato, in relazione ai motivi che lo sorreggono, qualsiasi caso di licenziamento possibile in concreto, nessuno escluso. Tale funzione esaustiva è tipica della «grande dicotomia», come è stato spiegato in un famoso saggio, quando se ne fa un «uso sistematico», e cioè «allo scopo di delimitare l'orizzonte in cui si iscrive una determinata disciplina» (Bobbio, 1977, 145 ss., qui 146). A riprova, l'orizzonte «licenziamento», nell'ottica dei motivi, viene individuato attraverso coppie (ad es.: soggettivo-oggettivo; personale-economico) o triple (triadi: persona–comportamento-esigenze aziendali), costituite da termini con significato contrapposto, che nell'insieme coprono tutti i casi, senza lasciare spazi residui. Se riduciamo l'orizzonte al solo licenziamento per g.m.o., si verifica sostanzialmente la stessa operazione. Basta pensare alla relativa definizione italiana («ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa»): con la tripartizione si vuole esaustivamente «comprendere» tutto quanto può verificarsi nel più ridotto orizzonte considerato.

elementi, criteri o parametri (previsti in via specifica dalla legge, o estraibili da principi consolidati *lato sensu* di diritto giurisprudenziale, come l'«*ultima ratio*», ovvero derivanti dal «bilanciamento degli interessi»).

In conclusione, le «nozioni anodine o neutre»³⁷ che costituiscono codesti ambiti esaustivi, enunciano tautologicamente la propria estensione, indicando l'area di pertinenza di un licenziamento in base ai suoi motivi. Ma tali ambiti sono in grado di rispondere solo alla domanda se un certo caso pertenga o meno all'una o all'altra delle caselle in cui i licenziamenti sono distinguibili. Quegli ambiti procacciano così l'inquadramento di tutti i possibili casi concreti, ma non offrono nessun dato al fine di dimostrare se un certo licenziamento è pure giustificato.

Non trovando una parola migliore, denomino «ostensiva» o «auto-ostensiva» la definizione della tipologia per la quale ogni licenziamento riceve (ottiene) esaustivamente incasellamento³⁸. Si tratta di esprimere una sorta di truismo (come quello per cui ogni fatto può avvenire di giorno o di notte; ovvero in estate, o in primavera, o in autunno, o in inverno: assunti che non possono essere logicamente contraddetti e sulla cui base si collocherà nel tempo quel fatto). Gli ambiti, o insiemi, o macromotivi che identificano l'asserita causalità del licenziamento, invero, indicano

³⁷ Così Perulli, 2012a, 573 (ora in Pedrazzoli, a cura di, 2014, Cap. 8), aggiungendo che tali nozioni debbono essere corrette dall'azione del principio di razionalità e proporzionalità, e dai «sincretismi giudiziari» che vi corrispondono.

³⁸ Nella filosofia (latamente) del linguaggio, per «proposizione ostensiva» si intende qualcosa di ben diverso, ad esempio l'indicazione di come si chiama un oggetto che viene additato; e serve a spiegare l'uso, o il significato, di un segno quando sia già chiara la funzione che deve svolgere (si veda in proposito Wittgenstein, 1945, 1967, §§ 27-56, specie 25 e ss.). Ma non intendevo indulgere in ascendenti nobili: è che il contesto, molto peculiare e congestionato, può essere reso solo con metafore largamente allusive. Si potrebbe forse anche dire che i macromotivi sono «insiemi» di motivi, se ciò non comportasse approssimazioni ancora più complicate (anche accogliendo, degli insiemi, la teoria «ingenua» di Cantor: cfr. Berto, 2008, cap. I, spec. 20 ss.).

(ostendono) spesso solo se stessi; sono caselle – due, tre o pure quattro – a cui il licenziamento viene ascritto per il motivo che si afferma sorreggerlo, ma non contengono gli elementi per verificare se la sua giustificazione sussiste.

5. MOTIVI CONCRETI DI FRONTE A IPOTESI SPECIFICHE E A «MACROMOTIVI». L'ESIGENZA DI LEALTÀ NELLA GIUSTIFICAZIONE (*CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE* E *REASONABLENESS*) – Al di là dell'appartenenza agli ambiti esaustivi in cui si collocano tutti i motivi possibili di licenziamento, per vagliare la sussistenza della sua giustificazione l'ordinamento offre dati ulteriori di selezione, ovvero deve «specificare» o «concretizzare» gli elementi che quel licenziamento giustificano. Riprendo qui il discorso sull'ordinamento spagnolo, che era rimasto in sospenso. Per i licenziamenti di tipo economico-obiettivo lo *Estatudo* usa l'espressione «*extinción del contrato por causas objetivas*» (art. 52 *ET*); mentre riserva il *nomen* «licenziamento» solo a quelli di tipo soggettivo-disciplinare (*despido disciplinario*: art. 54, *ET*). Parlare di «*causas objetivas de extinción*», di contro a ragioni disciplinari del licenziamento, secondo me è molto appropriato; ma ciò non ostante la dicotomia che ne risulta ha sempre lo stesso carattere auto-ostensivo che ho rimarcato nel § precedente rispetto alle definizioni dei macromotivi in altri ordinamenti.

Senonché, in queste denotazioni a maglie larghe il quadro di riferimento è integrato in Spagna da peculiari specificazioni in ordine alla giustificazione. Le cause oggettive di estinzione sono infatti tipizzate in cinque situazioni distinte (il loro elenco è nello stesso art. 52)³⁹. Quanto al licenziamento disciplinare, nelle lettere da a a g dell'art. 54 sono descritti i contegni del lavoratore che lo

³⁹ Queste le ipotesi: a) *ineptitud del trabajador*; b) sua incapacità di adattarsi alle modifiche tecniche; c) *causas economicas, tecnicas, organizativas et de producion*; d) assenteismo eccessivo; e) venir meno di fondi pubblici (che alimentavano il contratto di lavoro). Sulle ragioni «economiche, tecniche, organizzative e produttive», che è il riferimento più vago (comune al licenziamento collettivo), tornerò subito sotto (§ 6).

determinano, prevedendo sette fattispecie di infrazione⁴⁰, con valore tassativo e quindi non estendibili (neppure per contratto collettivo), e quasi tutte delineate molto analiticamente. In conclusione, nonostante pure in Spagna sia stabilita in partenza una bipartizione auto-ostensiva (nei termini singolari sopradetti), le norme prevedono poi fattispecie specifiche che garantiscono orientamenti univoci nella valutazione se il licenziamento è giustificato.

Al fine di ordinare le cause o motivi di licenziamento, venendo all'ordinamento portoghese, nel *Código do Trabalho* (CT) si susseguono quattro figure (il sistema si impenna quindi su una *quadripartizione*): licenziamento «per fatto imputabile», e cioè disciplinare, correlato alla «giusta causa» (cfr. art. 351, c. 1, CT: il concetto di *justa causa* non incide però sul preavviso, per cui non equivale operativamente al nostro); «*despedimento por extinção de posto de trabalho*» (art. 368, CT); «*despedimento por inadaptação*» (art. 373, CT) (per «inadattamento», in quanto raccoglie le variabili manifestazioni di incapacità a riadattarsi a mansioni e ruoli professionale); infine «*despedimento colectivo*», sottoposto ad una analitica disciplina a sé (artt. 359-366, CT).

Ora, le definizioni dei succitati ambiti o motivi sono corredate, ognuna, dall'indicazione degli specifici requisiti che li identificano: «*requisitos*» delineati *ex lege* in termini assai precisi e circostanziati, per cui il decidente si trova di fronte a elementi definitivi certi, che consentono la agevole sussunzione del caso concreto nell'ipotesi legale di giustificazione. Insomma, nonostante i quattro ambiti o campi portoghesi abbiano pure essi funzione auto-ostensiva, non ne risulta la genericità denunciata in precedenza in ordine alla giustificazione, perché ogni archetipo (o figura generale) di

⁴⁰ E cioè: a) assenza ingiustificata e mancanza di puntualità ripetute; b) indisciplina e disobbedienza sul lavoro; c) violazione della buona fede e abuso di fiducia; d) diminuzione continuata del rendimento normale; f) ubriachezza e tossicodipendenza; g) molestie (*acoso*) per ragioni discriminatorie.

licenziamento viene specificato configurandone in modo espresso gli elementi⁴¹.

Nella combinazione normativa spagnola e (nel suo modo peculiare, pure) in quella portoghese, il congegno per controllare la giustificazione si snoda diversamente che da noi⁴², in Francia, in Gran Bretagna o in Germania, paesi in cui i macromotivi non sono specificati analiticamente da ipotesi legali. Nelle previsioni, dicotomiche o tripartita, per grandi aree degli ambiti del licenziamento, sono però a volte escogitati filtri valutativi supplementari, che aiutano il vaglio della giustificazione o ne rafforzano la verifica. Così avviene in Francia, dal 1973, dove ogni licenziamento, sia esso per ragioni personali o economiche, è «giustificato (solo) se configura una *cause réelle et sérieuse*» (artt. L 1232-1 e L 1233-2, *Code du Travail*).

Con tale accorgimento al giudice è stata fornita una bussola fondamentale: supera il test della giustificazione soltanto quel licenziamento che, grazie ad un controllo trasversale ulteriore, di seconda istanza, possiede le qualità alluse dai due aggettivi citati. Al di là dei dati amorfi della definizione generica dell'ambito o del tipo di motivo, conta allora verificare (a) che quanto accampato dal datore a motivo concreto del licenziamento sia vero ed effettivamente sussistente («causa reale», e cioè obiettiva ed esatta o corrispondente al vero), e (b) che la conseguenza espulsiva

⁴¹ Nella recente riforma del 2012 (lei n. 23) sono state però rese più comprensive le figure del licenziamento per soppressione del posto e per inadattamento. Invero la legge in esame ha riformulato il c. 4 dell'art. 368 del *Código*, degradando l'obbligo di *repêchage* in precedenza previsto in un più allentato vincolo ad osservare «criteri rilevanti e non discriminatori a stregua degli obiettivi che hanno determinato la soppressione del posto». Inoltre, quanto alla definizione di cui all'art. 375, ha aggiunto fra i requisiti pure (in sostanza) lo scarso rendimento.

⁴² Peraltro, si dovrebbe qui considerare il ruolo svolto dalle «tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo» di cui parla l'art. 30, c. 3, della nostra l. 4.11.2010, n. 183 (c.d. collegato lavoro), giacché segnalano la tendenza a specificare o a rendere tassative le ipotesi di estinzione del rapporto attraverso l'intervento della contrattazione collettiva, allo scopo dichiarata equipollente alla legge.

trattane sia doverosamente imposta secondo le circostanze e, in sostanza, indispensabile («causa seria»), in un senso non lontano da quello ricavabile a stregua del principio di *ultima ratio*⁴³.

Questa esigenza di presidiare con criteri intuitivi di buon senso la valutazione sulla sussistenza della causa o motivo del licenziamento caratterizza a suo modo pure il sistema inglese. Invero la *statute law* richiede, anche e comunque, la ragionevolezza (*reasonableness*) della decisione espulsiva (sez. 98(1) (a) (b), *ERA*). Dopo l'*Industrial Relations Act (IRA 1971)* e, per passi successivi e con definitiva conferma nell'*Employment Relations Act (ERA 1996)*, il *dismissal* – da intendere, come detto, la serie di «circostanze» in cui si applica la disciplina protettiva – deve essere *fair*. Tali circostanze sono formulate in guise ben poco paragonabili alle definizioni contrapposte dei macromotivi negli altri paesi. Oltre che al classico licenziamento individuale, con o senza preavviso, e quale ne sia la ragione sottostante, la disciplina del *fair dismissal* si applica pure alla cessazione di un rapporto a tempo determinato (lo spirare del termine è quindi pragmaticamente assimilato al licenziamento); e persino alle dimissioni del lavoratore per una causa addebitabile al datore (*constructive dismissal*) (Sez. 95 (1), *ERA*)⁴⁴.

A parte quest'ultima ipotesi, nelle «circostanze» menzionate il datore deve indicare la ragione (o la principale delle ragioni) per cui in concreto «dismette» il lavoratore. Come ragioni adducibili, la legge indica *capability and qualifications, conduct, retirement* nonché l'essere in esubero (*redundant*). Nell'elenco si mescolano quindi situazioni-motivi, di tipo sia oggettivo che soggettivo, che

⁴³ Valgono ancora in proposito i motivi adottati nei lavori preparatori del 1973: «la causa è reale se presenta un carattere di obiettività ed è indipendente dall'umore, buono o cattivo, del datore [...] deve essere effettivamente esistente ed esatta»; «è seria una che riveli una gravità tale da rendere impossibile, senza danni per l'impresa, la continuazione del rapporto di lavoro e da richiedere la sua cessazione» (traggo da Centamore, 2014, 65).

⁴⁴ Si badi che, se il datore recedente offre una indennità rilevante e viene accettata, la situazione non va inquadrata come *dismissal*, ma come risoluzione per mutuo consenso.

hanno un valore specificativo differente⁴⁵; e già per questo il giudizio circa la sussistenza della giustificazione avrà inevitabilmente andamenti differenziati. Per giustificare il licenziamento possono infine essere in concreto indicate pure ragioni ulteriori, che si collocano al di fuori dei quattro motivi-situazioni sopra detti (*some other substantial reasons: SOSR*) (sez. 98 (2), *ERA*).

Orbene, siano dal datore richiamate ragioni nominate o «altre ragioni» (innominate), la legge prevede che per valutare la giustificazione (*fairness*) si deve acclarare se l'atto espulsivo adottato dall'imprenditore rientri in una «gamma di risposte ragionevoli». Grazie al duplice *step* descritto, «il diritto a non essere irregolarmente dimesso»⁴⁶ si appoggia nel Regno Unito pure sulla *reasonableness*, che nel vaglio della giustificatezza introduce un controllo qualitativo di ultima istanza sul comportamento datoriale, sul quale finisce per polarizzarsi il giudizio: un filtro mediante clausola generale che, come la «causa reale e seria» in Francia, seleziona la realtà facendo da contraltare al carattere sfuggente delle definizioni auto-ostensive.

6. ANCORA SULL'ASELETTIVITÀ DELLE CAUSALI, SPECIE NEL LICENZIAMENTO, INDIVIDUALE E COLLETTIVO, PER RAGIONI ECONOMICHE – Che molte definizioni-ripartizioni delle ragioni di licenziamento indichino come visto solo il campo, o ambito, in cui i motivi concreti di esso debbono situarsi, trova una conferma ancora più netta se polarizziamo l'attenzione sulle ragioni di tipo economico-produttivo e rintracciamo nelle legislazioni raffrontate le connessioni col licenziamento collettivo, che è fatto della stessa pasta.

⁴⁵ Le ragioni espresse *ex lege*, traducibili con «capacità professionale», «comportamento», «pensionamento» e infine «esubero», hanno qualità ben diverse. Le prime due sono «auto-ostensive», indicando una pertinenza; la terza è un fatto empirico, controllabile a stregua di alternative secche sì-no (o vero-falso); infine la quarta ragione – *redundancy* – è una fattispecie (normativamente definita) che vale per il licenziamento sia individuale che collettivo quando l'eccedenza di uno o più posti di lavoro sia determinato dalla «cessazione dell'attività» o dalla «riduzione delle esigenze produttive» dell'impresa: v. subito al § 6.

⁴⁶ *Right not to be unfairly dismissed* recita la rubrica della sez. 94 di *ERA*.

Nel sistema francese, il carattere economico del licenziamento è integrato nel *Code du Travail* (art. L 1233-3), oltre che in negativo («uno o più motivi non inerenti alla persona»⁴⁷), dalla presenza di «cause immediate», costituite dalla «soppressione» o «trasformazione» dell'impiego, ovvero dalla «modificazione, rifiutata dal lavoratore, di un elemento essenziale del contratto»; nonché di «cause remote», o «mediate», che sono a quelle concatenate a monte, costituite dalla sfavorevole congiuntura economica (*difficultés économiques*) o dai «mutamenti tecnologici», nonché, per specificazioni della *Cour de Cassation*, la cessazione definitiva dell'attività di impresa e la ristrutturazione produttiva a salvaguardia della competitività.

Tali ulteriori connotazioni del «motivo economico» superano la mera ostensività del riparto francese: la verifica della loro sussistenza nel caso concreto si ancora a dati e circostanze controllabili, alle quali si aggiunge comunque il filtro della causa «reale» e «seria» (di cui *retro*, § 5).

Quanto alla Gran Bretagna, va rimarcato che le «circostanze» distinte dalla sez. 98 *ERA* – nelle quali si applica la disciplina del *fair dismissal* e quindi il vaglio della *reasonableness* (pure *retro*, § 5) – valgono anche nel caso di *redundancy*, e cioè quando l'esubero individuale o collettivo deriva da «cessazione dell'attività» (*cessation of business*) o da «riduzione delle esigenze produttive» (*diminishing requirements*)⁴⁸.

⁴⁷ Si è già accennata (*retro*, § 4) la dissonanza per cui vicende come la sopravvenuta inabilità, il superamento del compito e lo scarso rendimento, che noi ascrivemmo al motivo oggettivo, sono in Francia inquadrate nel *motif personnel* (e del resto per i tedeschi sarebbero licenziamenti *personenbedingt*, non *betriebsbedingt*).

⁴⁸ La nozione di *redundancy* è piuttosto restrittiva, comportando una riduzione come trasformazione strutturale ovvero come cessazione dell'attività di impresa. Se ciò non ricorre, si rientra nelle *some other substantial reasons* (*SOSR*) di licenziamento per cui, preclusa la *redundancy compensation*, può aversi un altro tipo di ristoro, se il giudizio di ragionevolezza rivela il carattere *unfair* del licenziamento (*ERA*, sez. 98 (2) e (4)).

Nel quadro tedesco, infine, la *betriebsbedingte Kündigung* (quella che consegue a «pressanti esigenze aziendali») è contornata *ex lege* da una particolare attenzione all'aspetto della reimpiegabilità del lavoratore con riguardo non solo all'obbligo di *repêchage*, ma alle misure di riqualificazione necessarie per concretizzarne l'osservanza. Così, ad esempio, le alternative di riutilizzo professionale devono essere tenute in conto pure nel concordare in sede di *Mitbestimmung* (ex § 95, *BetrVG*), la formazione dei *Vergleichsgruppen* (gruppi di raffronto), da fissare in via preventiva per più scopi (perché l'azienda possa servirsene nelle molte operazioni in cui sono oggettivamente da utilizzare criteri di scelta). La definizione tedesca del licenziamento economico-aziendale è quindi integrata per legge da altri presupposti impegnativi, che la rendono più circostanziata, contornandola da requisiti selettivi ulteriori⁴⁹.

Venendo agli elementi tipologici della definizione di licenziamento collettivo (di cui trascuro aspetti estrinseci, o di tipo quantitativo, come soglie di addetti e di licenziandi, o i tempi di attuazione, o le modalità di finanziamento), parto per comodità dalla nostra definizione: la storica locuzione «riduzione o trasformazione di attività o lavoro», che l'art. 24 della l. n. 223/1991 ha recepito dai risalenti accordi interconfederali in materia. La formula risulta ancora più neutra e aselettiva di quelle che, per clausole ampie se non generali, nell'art. 3, l. n. 604 del 1966 mettono sullo stesso piano il g.m.s. e il g.m.o. Con «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa», invero, a me pare non si vada al di là dell'auto-ostensione. In tale

⁴⁹ Cfr. il c. 2, sempre del § 1, *KSchG*, in cui, ai fini della *soziale Gerechtfertigkeit* della *betriebliche Kündigung*, si esige il ripescaggio (da effettuarsi nella stessa unità di lavoro o in altre unità dell'impresa) e l'osservanza dei criteri di scelta che debbono essere codeterminati in sede di *personelle Mitbestimmung* (le *Auswahlrichtlinien* di cui al § 95 *BetrVG*). Aggiungasi come ulteriore motivo di illegittimità l'opposizione del *Betriebsrat*, dato che questo organo deve essere sempre previamente sentito (*infra*, § 9). Mentre quest'ultima regola incide in ogni tipo di licenziamento, le prime due attengono logicamente ai soli licenziamenti connessi alla persona e alle esigenze aziendali (e non pure a quelli motivati dal contegno del lavoratore).

delimitazione non v'è ombra di concetto o qualificazione normativa (neppure di quell'ombra che traspare, invece, dal parallelo «notevole inadempimento degli obblighi contrattuali»): essa denota dati troppo generici perché ne sortisca una tipizzazione e comunque una selezione.

A conferma di precedenti assunti attorno ai «macromotivi» (*retro* § 4), anche la formulazione del g.m.o. di licenziamento designa nella legge italiana l'appartenenza ad un ambito, ma non implica affatto mettere a disposizione del giudice elementi di valutazione o di apprezzamento. Se non per un briciolo: quello che si riferisce all'individuazione della «regolarità», del «funzionamento» della «organizzazione del lavoro»⁵⁰. Negli ordinamenti spagnolo, e pure portoghese, s'è visto invece che il ruolo di concretizzazione è svolto da fattispecie analitiche e tassative di giustificazione. In più, in tali ordinamenti è stato cementato il nesso fra licenziamento economico individuale e collettivo, adottando una definizione comune. Invero, fra le ipotesi di *causas objetivas de extinción* enucleate in Spagna dalla legge, si annoverano quelle fondate *en causas económicas, técnicas, organizativas e de producción*, le quali presiedono sia ad una misura individuale che collettiva di espulsione (raffronta gli artt. 51, c. 1 e 52, lett c, *ET*).

In questa definizione multivalente – una sorta di figura generale di licenziamento per ragioni oggettive di portata non dissimile alla nostra – si inanellano aggettivi molto larghi e con significato da precisare. E infatti, per ridurre l'alea interpretativa la riforma spagnola del 2010 ha in parte specificato il significato di tali aggettivi (il che dovrebbe evitare incertezze o almeno giudizi contraddittori nell'applicazione)⁵¹. Inoltre, l'utilizzo del licenziamento collettivo per

⁵⁰ Va da sé che valutazione e apprezzamenti si rintraccino in singole decisioni, quando il giudice, forgiando il «diritto vivente», integra la formula di legge, o si avvale di tipizzazioni contrattuali, o precisa comunque elementi e limiti mediante criteri.

⁵¹ Con la Ley n. 35 del 2010 è stato precisato essere le cause *economiche*, quando si faccia riferimento alle perdite, attuali o previste, o ai cali persistenti di fatturato, o alle situazioni negative incidenti sull'andamento dell'impresa e i livelli occupazionali; *tecniche*, quando si realizzino

prevenire una crisi d'impresa, o per favorirne la competitività nel mercato, è stata circoscritto (con la legge del 2012), richiedendo che lo strumento deve rivestire il carattere di *ultima ratio*. La ragione di tali aggiustamenti pare sempre quella di rendere più selettive le definizioni in esame, superando il loro carattere meramente auto-ostensivo.

Anche in Portogallo vi è una corrispondenza definitoria *expressis verbis*, fra l'ambito del licenziamento collettivo (art. 359, c. 1, *CT*) e quello del licenziamento «per estinzione del posto di lavoro» (art. 367 *CT*). In entrambi i casi la cessazione del contratto di lavoro è determinata da *motivos de mercado, extruturais ou tecnologicos*⁵², connotazioni situazionali che registrano soltanto una auto-inclusione.

Il nucleo definitorio sostanziale del licenziamento collettivo coincide quindi in molti ordinamenti con quello del licenziamento *lato sensu* economico o con una delle sue specificazioni: per cui il discorso è ovunque riassumibile un po' allo stesso modo⁵³. Interessava però

modifiche negli strumenti di produzione; *organizzative*, quando attengano ai cambiamenti di sistemi e metodi di lavoro; e infine *produttive*, quando vengano in discorso mutamenti della domanda dei prodotti e dei servizi offerti dall'azienda.

⁵² Spiegandosi che i «motivi di mercato» si riferiscono alla riduzione dell'attività dell'impresa per sopravvenuta diminuzione della domanda o per impossibilità di collocare nel mercato i prodotti o servizi offerti; i «motivi strutturali» attengono allo squilibrio economico finanziario, alla ristrutturazione dell'organizzazione produttiva, al cambiamento di attività o dei prodotti; i «motivi tecnologici», infine, concernono i cambiamenti nelle tecniche e nei processi produttivi, nelle automatizzazioni, nelle informatizzazioni (art. 359, c. 2, *CT*).

⁵³ Così nel sistema francese dalla definizione del motivo economico di licenziamento individuale si trascorre nelle suddivisioni del licenziamento collettivo, la cui disciplina presenta leggere varianti a seconda del numero dei lavoratori licenziati nell'arco di 30 giorni («licenziamenti collettivi piccoli»: tra 2 e 9 lavoratori; «grandi»: 10 lavoratori o più) e si snoda con procedure più complesse nei *grands licenciements collectifs*, specie quando l'impresa ha una dimensione superiore a più di 50 dipendenti. Quanto al sistema tedesco, ancora prima della Direttiva 75/129, era stato previsto che i licenziamenti nei confronti di un numero plurimo di dipendenti dovessero essere

rimarcare come, a causa dell'ostensività delle definizioni, la causalità del licenziamento vada in crisi o in sofferenza, specie con riguardo a quelli economico-produttivi. È in relazione ad essi che si pone specialmente il dubbio se i licenziamenti non siano in sostanza acausali, per lo slittamento semantico o per l'inconcludenza definitoria. Tanto che non molti anni or sono qualcuno si è adoperato con ragionevoli argomenti logici a ricostruire, o a preservare, un significato causale alle ambigue formulazioni più volte menzionate⁵⁴.

Gli è che quando nel bilanciamento di principi costituzionali, accanto al diritto al lavoro gioca quello alla libertà di iniziativa, difficilmente espressioni come «riduzione o trasformazione di attività e lavoro» sono atte ad indurre una selezione univoca. Quando, ad esempio, fra i possibili obiettivi sottostanti alla decisione imprenditoriale, si distingue fra quello di salvare l'impresa e/o la sua concorrenzialità, e quello di aumentarne il rendimento, accrescendo il profitto, *quid juris?* Il percorso argomentativo diventa accidentato; e la pretesa di

assoggettati al «previo avviso» all'ufficio del lavoro. Successivamente, l'ipotesi dei licenziamenti assoggettati ad avviso (*anzeigepflichtig*) è stata disciplinata a stregua dei dettami comunitari nella terza sezione del *KSchG* (§§ 17-19). Da rimarcare che, per l'applicazione di queste regole relative al licenziamento collettivo basta superare entro un mese le soglie numeriche fissate (nelle unità fra i 20 e i 60 addetti: licenziamento di almeno 5; da 61 fino a 500 addetti: il 20% o almeno 25; oltre i 500 addetti: almeno 30). Infine, venendo all'ordinamento inglese, va osservato che quando coinvolge almeno 20 lavoratori licenziandi in 90 giorni (sez. 188 (1) *TULRCA*), il concetto di *redundancy* appare influenzato dalla direttiva comunitaria e si amplia a ricomprendere ogni ragione di licenziamento non ricollegabile alla persona del lavoratore (sez. 139(1) *ERA*).

⁵⁴ Esemplare in proposito Alleva, 2006, 67 ss. Preoccupato per l'espandersi delle concezioni «acausali» in punto a riduzioni del personale (che l'A. fa risalire alla teorica per cui la l. n. 223 del 1991 assicurerebbe una tutela meramente procedimentale), Alleva è spinto a una radicale critica di tali definizioni, dovendo altresì constatare che persino le prassi sindacali si sono su di esse adagate e approfittano con noncuranza delle situazioni inerziali e del maggior spazio in tal modo fruibile (v. Alleva 2006, 65 ss.). Per una rilettura equilibrata del sistema italiano, in cui si presentano variazioni e frastagliamenti maggiori che in altri ordinamenti, cfr. Zoli 2008, 31 ss., che peraltro assume essere realmente «causali» definizioni che a me paiono ostensive.

trarre nei due casi conclusioni opposte sul piano del trattamento normativo è inevitabilmente controvertibile⁵⁵.

7. SILLOGISMO DELLA GIUSTIFICAZIONE E MODELLI DI VERIFICA GIUDIZIALE: UN RIEPILOGO – Riassumendo: i motivi (cause, ragioni) concreti di un licenziamento sono collocati in Europa in ambiti esaustivi, per lo più dicotomici (Italia, Francia, Gran Bretagna e Spagna), ma anche tripartiti (Germania, Austria), o quadripartiti (Portogallo). Pure tali macromotivi di tipo auto-ostensivo sono chiamati motivi (cause, ragioni), questa volta da intendersi in via più generale e astratta. In mezzo a tali due stadi, vi sta molto altro, un po' alla rinfusa: definizioni più analitiche degli ambiti; elenchi di ipotesi di giustificazione, anche contrattuali; integrazioni legali che specificano le definizioni; norme di diritto vivente; principi e criteri extrasistemici che influenzano l'interpretazione. Anche questi elementi intermedi, scompaginati e diseguali, sono promiscuamente denominati motivi (cause, ragioni).

La circostanza che il medesimo segno linguistico («motivo», «causa», o «ragione»; ma si potrebbe aggiungere «presupposto» o «requisito sostanziale»), sia utilizzato in contesti analitici differenti, che implicano un diverso piano di discorso, determina interscambi e confusioni, con conseguente pericolo di babele delle lingue. A districare un po' il guazzabuglio serve rileggere questi materiali ordinandoli nel prisma del sillogismo che il giudice deve usare per affermare o negare la giustificazione del licenziamento.

Gli specifici motivi in concreto adottati in un licenziamento, che attengono al primo dei livelli detti, quello per così dire individualizzato, costituiscono la *premessa minore* (pm) del sillogismo della giustificazione: e ciò non suscita particolari questioni. Incerta, sfuggente e cangiante è invece la *Premessa*

⁵⁵ Naturalmente è ben possibile distinguere, alla luce dell'art. 41 Cost., fra decisioni sul *quantum* dell'impresa intese a preservarla, e decisioni invece dirette ad aumentare la redditività della stessa. Ma è troppo ragionevole obiettare che il difetto è nel manico: non a caso, invece che ricercare definizioni meno vaghe, si ricorre a definizioni auto-ostensive.

Maggiore (PM), perché in essa si affollano e si congestionano, accanto ai macromotivi meramente ostensivi, tutti gli elementi che ho ora definito «scompaginati e diseguali»; i quali, presentandosi diversi, e diversamente combinati, in ogni ordinamento, danno luogo a formulazioni differenti della PM che implicano modalità o progressioni diversificate nella verifica giudiziale dei motivi concreti.

In breve, accertare se sussistono o meno gli elementi di fatto che costituiscono tali motivi concreti è una questione di prova, con la problematicità sua propria. Tutt'altra questione è invece ricostruire la fattispecie di giustificazione che presiede alla PM, perché a tale riguardo vengono in rilievo le differenze nei modi di determinazione della causalità rimarcate per i diversi ordinamenti nei punti precedenti.

Mentre in Spagna, a specificazione della dicotomia si presentano addirittura elenchi di ipotesi tassative di giustificazione e in Portogallo, accanto alla quadripartizione, sono definiti analiticamente gli elementi delle fattispecie che la costituiscono, negli altri ordinamenti la definizione legale dei motivi (cause, ragioni) resta affidata – al di sotto dei macromotivi ostensivi – a formule comunque ampie, elastiche e vaghe: onde, per decidere quando sussiste la giustificazione, tali contenitori situazionali debbono essere integrati, specificati o completati con modalità variabili e combinate. A queste integrazioni concorrono – per legge, o ad opera del diritto vivente – requisiti ulteriori, stabiliti anche per via contrattuale, o bilanciamenti di interessi confliggenti e da ponderare, ovvero applicazioni di principi o criteri guida (così in Germania e pure in Italia). Infine, al di là della riarticolazione della PM, nella sequenza valutativa viene a volte fissato un indirizzo per vagliare la realtà e/o la importanza delle ragioni che presiedono alla misura espulsiva e/o la sua ragionevolezza (Francia e Gran Bretagna)⁵⁶.

⁵⁶ Davanti a tale quadro andrebbe approfondita la questione – una diatriba rilanciata dall'avventurosa sortita dell'art. 30, l. 4.11.2010, n. 183 (c.d. «Collegato lavoro») – sul carattere di clausola generale che talune delle nostre definizioni in materia di motivi di licenziamento avrebbero, con la conseguente necessità di ricorrere, in caso affermativo, a parametri valutativi indotti dalla realtà sociale e comunque extrasistemici, per

Alla luce dei materiali emersi nella comparazione, va aggiunto, le PPMM del sillogismo presentano poi due modalità di risposta, sussuntiva o tipologica, a seconda di come viene tipizzato l'assetto della fattispecie di giustificazione. Nel primo andamento, definito l'ambito (macromotivo), al quesito – circa l'inclusione in (o l'esclusione da) esso del caso concreto – si risponde «sì-no», giusta la logica binaria dell'identità. Ma diversamente avviene quando la definizione della PM è integrata con specificazioni di elementi, o con qualificazioni di realtà socialtipiche, che rinviano ad un apprezzamento per gradi o di intensità variabile: perché allora la riconduzione o meno del caso concreto ai dati definitori della giustificazione, comporta una valutazione più complessa in cui, selezionando consistenze quantitative maggiori o minori, si procede per approssimazione o vicinanza.

Delineati i tre modelli di fondo tramite i quali si giunge all'accertamento della giustificazione (iberico, italo-tedesco, francese-inglese), viene da chiedersi quale di essi sia più redditizio allo scopo: domanda a cui può risponderci solo in senso relativo, e cioè tenuto conto che possono anche darsi soluzioni per equivalenti funzionali (senza questa riserva, mi vien da preferire il modulo spagnolo, eventualmente integrandolo con tipizzazioni dell'autonomia collettiva).

Con la richiesta che ogni licenziamento si fondi su una «causa reale e seria» (Francia) e pure con lo *step* della «ragionevolezza» per

integrarle (proprio nel momento in cui la legge ritiene di dover invece circoscrivere simili proiezioni). Va però ribadito, con riferimento all'art. 3 della nostra l. n. 604 del 1966, che il «notevole inadempimento» non è una clausola generale, ma intrasistemica; e che le locuzioni usate per denotare il g.m.o. («ragioni inerenti a» certi ambiti) sono per lo più ostensive (tranne che per l'aspetto – già segnalato *retro*, § 6 – del «regolare funzionamento» dell'«organizzazione del lavoro»). La formula è (stilisticamente se non semanticamente) paragonabile a quella tedesca delle «esigenze aziendali» (che debbono essere «stringenti» o pressanti, o urgenti: *dringend*), se questa non specificasse pure che tali esigenze debbono impedire la, o contrapporsi alla (*entgegenstehen*) prosecuzione dell'impiego: il che implica elementi valutativi più accentuati (anche se può rivelarsi tautologica, nella stessa guisa della definizione di giusta causa ex art. 2119 c.c.)

vagliare la *fairness* del licenziamento (Gran Bretagna), si verifica però una connessione più complessa e pare realizzato un controllo della giustificazione più adeguato, perché impinge nella stessa verità o lealtà della comunicazione, accentuandone la natura di presupposto indisponibile. Sicché *cause réelle et sérieuse* e *reasonableness*, incorporati in una clausola generale, dotano la giustificazione del licenziamento francese e inglese di un criterio rafforzativo in cui emergono i dettami di una democrazia procedurale che preme razionalmente realizzare (di fronte alla degenerazione a cui inclina, sopraffatta dal mezzo – *medium* –, l'odierna comunicazione)⁵⁷. A scopi di salvaguardia non dissimili provvedono altri meccanismi di ponderazione degli interessi in conflitto e i principi di chiusura improntati a valori di origine extrasistemica (come quello evocato della *extrema – ultima ratio*), che sono di applicazione più o meno diffusa nei vari ordinamenti⁵⁸.

II. Vincoli di forma, procedimenti e controlli ab esterno

8. INTENSITÀ DELLE REGOLE PROCEDIMENTALI E TIPO DI MOTIVO SOTTOSTANTE AL LICENZIAMENTO – I modi passati in rassegna di definizione dei contenuti della PM, giusta i modelli ispano-portoghese, anglo-francese e, in mezzo, tedesco-italico, influenzano il grado di plausibilità e certezza che può essere raggiunto nell'accertamento della c.d. causalità del licenziamento. Ma perché questo sia legittimamente adottato, si debbono

⁵⁷ Sull'esigenza di ancorare alla lealtà comunicativa le dinamiche dei fatti rilevanti per il diritto appoggiandosi alle (difficili) formulazioni di Jürgen Habermas, cfr. la proposta di evoluzione in senso neokantiano (dell'hegelismo ritenuto «congenito» al diritto del lavoro) formulata nelle acute pagine di Del Punta, 2012c, 329 ss.

⁵⁸ Proprio al fine di interpretare la materia dei licenziamenti appena riformata, si richiama a principi extrasistemici quali criteri guida Nogler, 2012c, e ravvisa l'esigenza di «sincretismi giudiziari», quali veicoli di razionalità e proporzionalità, Perulli, 2012a (entrambi i saggi ora in Pedrazzoli, 2014, a cura di, rispettivamente capitoli 7 e 8).

osservare certe forme, seguire certe regole procedurali, interloquire con diversi soggetti.

Questo secondo nucleo delle discipline da confrontare merita qualche avvertenza in avvio. Anzitutto, «procedimento» può essere considerato parte della «forma», latamente intesa, essendo comune l'obiettivo perseguito da entrambi: forma e procedimento presiedono *in subiecta materia* all'esigenza di ponderazione, evitano che l'imprenditore sia precipitoso e lo inducono ad agire in modo responsabile, considerata la nevralgicità degli interessi in gioco⁵⁹. Ma forma e procedimento presiedono pure ad esigenze di certezza. Il licenziamento è scandito da contegni attivi o omissivi, da comunicazioni recettizie, magari con contenuti e tempistiche predeterminate ovvero interagendo con l'altro versante e anche con il sindacato o, a volte, con un ente neutrale: un terzo al quale in certi casi viene affidata la stessa autorizzazione a licenziare.

Se è inevitabile accorpate i due aspetti contigui forma-procedimento, invece di tenerli distinti, va però detto che i vincoli disposti con riguardo alla forma in senso stretto sono abbastanza simili nei sistemi confrontati (il che esime dall'attardarsi partitamente, ad esempio, sui mezzi con cui la volontà di licenziamento viene comunicata e sul «veicolo» con cui va effettuata la comunicazione). Non sono invece simili (similmente congegnati) i procedimenti, sia perché negli ordinamenti investigati essi presentano spesso peculiarità o consistenze differenti, sia perché queste variazioni sono più o meno vistose a seconda del motivo di licenziamento sottostante, ma con sensibili differenze da paese a paese.

Il procedimento che porta all'irrogazione del licenziamento disciplinare si snoda in fasi e stabilisce vincoli di massima più impegnativi e complessi che negli altri casi (come mostrano in modo accentuato la disciplina italiana e la procedura inglese, su cui subito sotto). Ma in altri paesi un simile divario non si riscontra (come mostreranno gli esempi, pur diversi, di Francia e Germania).

⁵⁹ Per la ricapitolazione di tali aspetti cfr. Nuzzo, 2012, 127 ss.

Per esporre più analiticamente le differenze in esame, parto dalla Spagna, che ha peculiarità a sé. A garantire la conoscenza dei motivi, anche concreti, nonché la loro immodificabilità, vale in ogni caso di licenziamento la *carta de despido*, che contiene i dati su cui deve esserci certezza quale che sia il tipo di motivo. Nel caso di licenziamento disciplinare, in tale carta deve essere indicato e specificato l'addebito a cui consegue; ma la legge null'altro dice, con riguardo al procedimento, rinviando per la fissazione di eventuali regole alla contrattazione collettiva (art. 50, c. 1, *ET*). Peraltro, quando il licenziamento disciplinare colpisca membri del «comitato di impresa» o «delegati del personale», lo Statuto stesso dispone un procedimento complesso, instaurandosi una sorta di istruttoria di garanzia (*expediente contradictorio*), con audizione pure degli altri rappresentanti e delegati.

La differenza di procedimento a seconda del tipo di motivo si accentua nell'ordinamento portoghese. Soltanto per il *despedimento por facto imputavel*, infatti, sono scanditi tre principi (contraddittorio, celerità e ricorribilità) e quattro fasi – contestazione (*nota de culpa*), difesa, (eventuale) istruttoria e decisione (artt. da 352 a 357 *CT*) – che costituiscono gli elementi circostanziati della procedura da osservare⁶⁰.

Va segnalato che nell'ordinamento spagnolo e in quello portoghese sono previsti termini espressi in cui si prescrivono le mancanze o gli inadempimenti colpevoli del lavoratore⁶¹. Ciò evita tra l'altro di

⁶⁰ Pervero il procedimento portoghese, similmente a quello francese, rimane articolato anche negli altri tipi di licenziamento (pur eccettuandosi, allora, la contestazione di addebito, l'eventuale istruttoria e la difesa), in quanto si snoda pur sempre in tre consistenti fasi – di comunicazione, di consultazione-controllo e di decisione – nelle quali gioca un ruolo importante, come vedremo, la struttura di rappresentanza dei lavoratori.

⁶¹ La parola «prescrizione» va intesa sia nel senso proprio (quello dell'espressione «prescrizione del reato») per cui, trascorso un certo tempo, a prescindere dalla sua conoscenza un fatto non è più contestabile disciplinarmente; sia nel senso di decadenza dal termine (ben più breve) entro cui l'imprenditore deve attivare il procedimento, quando è venuto a conoscenza di un fatto incolpabile. Tale termine è in

dibattere intorno al «se» e al «quando» della immediatezza della contestazione: una annosa questione, che è rimasta da noi irrisolta pure dopo la recente riforma⁶².

La disciplina inglese del licenziamento disciplinare (e per superamento del periodo di comporta) si impernia su una procedura da tempo stabilita per le sanzioni disciplinari in generale dalla autorità (*advisory*) preposta ai servizi di conciliazione e arbitrato (ACAS; un ente sorto nel 1896). Per tale codice di buone pratiche, in una prima fase vengono chiariti i fatti e raccolti gli elementi che comprovino la condotta. Il lavoratore può poi essere chiamato ad un *investigatory meeting*, all'esito del quale viene disposta, se del caso, la sospensione cautelare, con salvezza della retribuzione. Successivamente gli deve essere comunicato in dettaglio l'addebito e le sue possibili conseguenze, fissando il *disciplinary hearing* in cui si presenta per difendersi (può produrre documenti e indicare testi). Dopo tale audizione, l'epicentro della procedura, può essere emanato un «avvertimento scritto» di diffida alla reiterazione: se violato, ad esso potrà seguire il *final written warning*, che dispone la sanzione, compreso il licenziamento. Nei casi gravi, che incidono immediatamente sull'organizzazione d'impresa, l'avvertimento finale, contenente il *dismissal*, può essere emanato subito, senza la suddetta ponderazione intermedia. L'osservanza delle regole di procedura stabilite dall'ACAS per l'irrogazione del licenziamento disciplinare rileva tra l'altro nella valutazione della ragionevolezza del licenziamento⁶³.

Spagna, di 10, 20 e 60 giorni dalla conoscenza del fatto addebitabile, a seconda della sua gravità (l'ultimo termine è relativo al fatto che può dar luogo al licenziamento); con comunque preclusione della colpeabilità, trascorsi 6 mesi dal fatto, se conosciuto successivamente a quando si è verificato (art. 60, *ET*).

⁶² Come rimarca anche Nogler, 2012, *sub* 3.1 (ora in Pedrazzoli, a cura di, 2014, cap. 7).

⁶³ Sulle conseguenze dell'inosservanza di tali regole vi è stata però una evoluzione piuttosto tormentata (cfr. Ratti, 2014, § 6). Il dilemma fra la illegittimità (senz'altro) del licenziamento e la superfluità della procedura se nel merito il datore ne dimostrava la *fairness*, è giunto finalmente ad un approdo, nel 1988, grazie alla famosa sentenza *Polkey vs AE Dayton Services Ltd* (in *IRLR*, 1988, 503): se, nonostante l'inosservanza della

Sia il tipo di licenziamento per motivo personale o economico, in Francia è invece previsto di fondo il medesimo trattamento procedurale, che abbonda di elementi e passaggi, l'*iter* si snoderà in tutti i casi nella convocazione dell'interessato, nel «colloquio preliminare» (*entretien préalable*) con lui, in una pausa di riflessione-ponderazione e, infine, eventualmente, nella notifica del provvedimento. Peraltro, se il licenziamento personale è di tipo disciplinare, quale ne sia stato il modo di classificarlo, le regole formali e procedurali da osservare sono integrate con i principi del *droit disciplinaire*. Resta quindi la scansione delle quattro fasi sopradette, ma intesa con più preciso rigore, dovendosi nel colloquio contestare formalmente l'addebito ed essendo la pausa di riflessione più lunga (sette giorni, invece di due).

A parte queste differenze che derivano dalla «natura della cosa», nel licenziamento disciplinare i vincoli procedurali possono dirsi in Francia più intensi, ma non di diversa qualità rispetto a quelli da osservare in ogni altro licenziamento personale o in quello per motivi economici. Risulta evidente sul punto la differenza rispetto al nostro ordinamento e a quelli inglese e portoghese (a parte le movenze dello spagnolo), considerati in precedenza.

9. IL CONTROLLO SINDACALE: L'*ANHÖRUNG* DEL *BETRIEBSRAT* E LA GENERALIZZAZIONE DELLA INFORMAZIONE-CONSULTAZIONE NEI LICENZIAMENTI COLLETTIVI. IL CONTROLLO AMMINISTRATIVO: L'AUTORIZZAZIONE AL LICENZIAMENTO – L'ordinamento proceduralmente più insensibile al variare del motivo sottostante al licenziamento è quello tedesco. In Germania è stabilita in generale la forma scritta della relativa comunicazione (§ 623 *BGB*) ma non si devono osservare altre regole di forma, tanto meno regole differenziate a seconda dei motivi. L'idea di contraddittorio, così pronunciata negli altri sistemi perché conformatrice del *due process* nel licenziamento disciplinare (in quello francese si espande addirittura al di fuori di esso), non è affatto apprezzata nel sistema

procedura, il datore comprova che il licenziamento è giustificato, può chiedere una riduzione, fino all'azzeramento, dell'indennità risarcitoria da lui dovuta.

tedesco: tanto che neppure in caso di *verhaltensbedingte Kündigung* viene riconosciuto al lavoratore il diritto ad essere sentito, che è l'essenza del diritto di difesa⁶⁴.

Senonché, nell'ordinamento tedesco esiste da tempo una regola – vistosamente legata a peculiari aspetti di cultura giuridica e di storia istituzionale⁶⁵ – che costituisce un *unicum* fra i meccanismi di controllo escogitati in materia di licenziamento: la (previa) audizione (*Anhörung*) del *Betriebsrat*. Nelle unità di lavoro soggette alla *Betriebsverfassung* (quelle, una volta, con più di venti addetti, poi ridotti a cinque e infine rialzati, nel 2004, a dieci), l'intenzione di licenziare deve essere previamente comunicata dal datore all'organo di rappresentanza del personale. Se il *Betriebsrat* nulla eccepisce tempestivamente (entro sette giorni; entro tre, se viene accampato un *wichtiger Grund*), in punto alla *soziale Gerechtfertigkeit* del licenziamento, vale la regola del silenzio-assenso, con implicita approvazione della misura datoriale. Se invece eccepisce e controdeduce, il parere negativo dovrà corredare l'eventuale giudizio (il che avrà molto peso). Se l'organo non viene preavvisato, infine, il licenziamento è senz'altro

⁶⁴ La previa audizione del lavoratore, obbligatoria in ogni altro ordinamento, è ritenuta indispensabile dalla giurisprudenza del BAG soltanto nel marginalissimo caso della *Verdachtskündigung*, il licenziamento disciplinare che non si appoggia sulla prova del fatto, ma si basa sul «sospetto»: almeno per fondare in qualche modo questo, insomma, si dovrà sentire l'interessato!

⁶⁵ Come anticipato all'inizio (nt. 1), per il § 84 del *BRäteG* 1920, in caso di licenziamento il lavoratore poteva fare reclamo avanti al *Betriebsrat* (*rectius*: avanti all'*Arbeiterrat* ovvero all'*Angestelltenrat*, se impiegato), nei seguenti quattro casi: 1) il «fondato sospetto» che fosse discriminatorio (in ragione del sesso) o dipendesse da ragioni ideologiche, fra esse quelle sindacali; 2) la mancata indicazione di motivi; 3) il fatto che seguisse al rifiuto di lavorare in una posizione diversa da quella concordata all'assunzione; 4) la sua arbitrarietà per eccessivo rigore rispetto al comportamento del lavoratore e alle relazioni aziendali. (Su questa norma antesignana v. già Spagnuolo Vigorita, 1961, cap. I, in specie 13, nt. 23).

considerato contrario alla «legittimità sociale», e quindi inefficace (*unwirksam*)⁶⁶.

La previa comunicazione alla struttura di rappresentanza dell'intento di licenziare e delle sue ragioni si riproduce nell'ordinamento austriaco⁶⁷.

Pure in altri ordinamenti, comunque, la rappresentanza collettiva svolge nel licenziamento individuale qualche ruolo significativo, in parte per imitazione a ritroso di quanto si è via via consolidato nella procedura di licenziamento collettivo. Così nel sistema portoghese, in tutti i licenziamenti diversi da quello *por facto imputavel*, il procedimento contempla una previa consultazione dei rappresentanti dei lavoratori, ai quali va comunicato l'intento di *despedimento por extinção de posto* (artt. 369 e 370 CT) e *por indaptação* (art. 374, c. 6, CT).

Del resto, sulla base delle Direttive comunitarie n. 129 del 1975 e poi n. 59 del 1998, nelle legislazioni dei paesi membri si sono omogeneizzate le discipline dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale, attribuendo al controllo sindacale collettivo un crescente ruolo mediatorio e compositivo. Sono stati così diffusamente previsti obblighi di informazione previa alle rappresentanze d'azienda e/o ai sindacati, nonché di consultazione ed esame congiunto con gli stessi, per approdare possibilmente ad

⁶⁶ Nella redazione originaria di tale norma (§ 49 del *BetrVG* 1952, che riprendeva la legge del 1920 di cui alla nt. precedente), non erano chiare le conseguenze da farsi se nell'ambito relativo (allora più di 20 addetti) si fosse proceduto a licenziamento senza previa audizione del *Betriebsrat*. Su tale dilemma intervenne nel 1954 una importante sentenza del Tribunale federale del lavoro (*BAG*), che aveva proposto per l'inefficacia (cfr. ancora Spagnuolo Vigorita, 1961, 65); sanzione che venne poi espressamente sancita dal § 102, *BetrVG*, con la *Fassung* del 1968.

⁶⁷ L'*Arbeitsverfassung* austriaca ha una storia parallela, e attraverso temperie paragonabili, a quelle della *Betriebsverfassung*. Per quanto qui interessa, il § 105, Ab 2, *ArbVG*, stabilisce che qualsiasi licenziamento il datore intenda effettuare, deve informarne previamente il *Betriebsrat*, pena l'inefficacia dell'atto.

un accordo, incentivando soluzioni di compromesso e evitando gli effetti sociali della acuta concorrenza fra i lavoratori colpiti. Questa relativa uniformità nel trattamento dei licenziamenti collettivi⁶⁸ investe nei fatti quasi tutti i paesi membri dell'Unione europea e persino il Regno Unito, che pur si era disimpegnato dal peso delle disposizioni sociali del Trattato⁶⁹. E va aggiunto che se la consultazione sindacale non sfocia in un accordo, è di massima previsto che l'imprenditore abbia comunque mano libera nel ridurre gli addetti, eventualmente con un aggravio di costi.

Le discipline presentano tuttavia varianti ulteriori, per il concomitante intervento, a titolo di supporto o di surroga, delle autorità amministrative del lavoro, il cui ruolo giunge almeno una volta fino al potere di autorizzare i licenziamenti. Nel sistema tedesco, invero,

⁶⁸ Non merita scendere nel dettaglio delle regolamentazioni dei diversi paesi, trattandosi di variazioni non significative. Allo stato, la determinazione della situazione che giustifica il licenziamento collettivo è ovunque affidata, secondo combinazioni variabili ma confrontabili, ad elementi quantitativi (soglie numeriche dei lavoratori coinvolti), a tempistiche (il programma di riduzione deve avvenire entro un certo periodo di tempo) nonché, per quanto maggiormente interessa, a causali che, per la loro comprensività e genericità, non risultano selettive (basta pensare alla nostra «riduzione o trasformazione di attività e lavoro»), ma per lo più «auto-ostensive». A volte tali situazioni-contenitore sono quelle che le definiscono i motivi più generali di asserita giustificazione del licenziamento economico (con sovrapposizioni e coincidenze già rimarcate negli ordinamenti di Spagna, Portogallo e, in sostanza, anche del Regno Unito: v. *retro* § 6). Va però rimarcato che nel procedimento in esame viene ovunque fortemente perseguita la lealtà della comunicazione, esigendo che alle controparti collettive, e alle autorità amministrative del lavoro, l'imprenditore trasmetta informazioni e riscontri completi e veritieri circa i dati attestanti le ragioni e il *quantum* ipotizzato dei licenziamenti. Appare poi essere sempre più cruciale l'aspetto dei criteri sociali di scelta, dei modi (fonti) della loro fissazione e dalla verifica della loro osservanza. Per il quadro europeo v. Garofalo M.G., Chieco, 2001, 67 ss.

⁶⁹ È rimarchevole che, al fine di avere un destinatario delle comunicazioni relative ai licenziamenti collettivi, se in azienda non vi è un *works council* o altra struttura di rappresentanza si debba procedere alla elezione *ad hoc* di un organo. Del resto la sensibilità in materia è dimostrata dal fatto che gli inglesi, per primi, fin dal 1965 hanno promulgato uno *statute* che definisce e disciplina la *redundancy* (v. *infra*, § 14).

se perdura il disaccordo fra datore di lavoro e *Betriebsrat*, i licenziamenti collettivi devono essere disposti dall'*Agentur für Arbeit* (che è, accanto all'organo di rappresentanza del personale, il terminale obbligatorio di ogni comunicazione da effettuare nella procedura, a partire dall'*Anzeige* iniziale) (§ 17, *KSchG*). Questo affidamento dei presupposti e delle ragioni del licenziamento alla valutazione di un terzo, neutrale e per di più pubblico, è ancora una volta consentaneo alla logica della partecipazione, cooperativa e non conflittuale, dei lavoratori⁷⁰. Tanto più che nella situazione in esame, fallendo la consultazione fra impresa e sindacato (e/o rappresentanze d'azienda), vengono più in rilievo prestazioni di altro tipo, quali programmi di riqualificazione e piani sociali, che comportano dispendi robusti e incisioni sulla spesa pubblica⁷¹.

L'autorizzazione degli organi amministrativi al licenziamento non è però limitata alle situazioni laceranti delle riduzioni di personale o al caso che fallisca la dialettica sindacale-partecipativa. Almeno in un esempio (isolato, ma eclatante), la previa autorizzazione amministrativa inerisce ad ogni licenziamento individuale con preavviso, costituendone l'ossatura di controllo o di calmieramento. Nei Paesi Bassi continua ad essere richiesto, per disporre il licenziamento, il beneplacito dell'amministrazione del lavoro, una forma di autorizzazione pubblicistica introdotta con l'occupazione

⁷⁰ Nel meccanismo della *betriebliche Mitbestimmung*, se non si giunge all'accordo fra imprenditore e *Betriebsrat*, in particolare nelle «questioni sociali», può essere chiamato a decidere un organo terzo (*Einigungsstelle*). Tale intervento non è mai richiesto, o quasi, perché nello spirito della cogestione tedesca se ne è dissuasi. Neanche paradossalmente, la previsione che l'accordo mancante può essere surrogato dal terzo, incentiva a concludere l'accordo stesso, quasi apportasse discredito il non riuscirvi.

⁷¹ Si precisa che l'autorizzazione amministrativa a disporre il licenziamento collettivo era di principio stabilita fino a poco tempo fa pure in Spagna, dove è stata cancellata dalla recente riforma del 2012. Il governo di centro-destra ha motivato l'abolizione in ragione degli effetti distorsivi che venivano determinati (in particolare sulla misura degli indennizzi da riconoscere ai lavoratori) dal mercanteggiamento fra impresa e sindacato, inevitabile al fine di ottenere i vantaggi della legislazione in materia, che risultava pertanto frodatória.

nazista del 1940 e tuttora in vigore⁷². In tale congegno, l'ufficio può respingere la richiesta, inappellabilmente, ma l'imprenditore può riformularla trascorso un po' di tempo, replicandone le ragioni e/o adducendone di ulteriori. La ponderazione imposta dal meccanismo è salutare: per l'esigenza di avere l'autorizzazione, il datore di lavoro userà una grande attenzione, appoggiandosi a motivi suscettibili di un adeguato riscontro; e nell'eventuale successivo ricorso al giudice, i contendenti sfodereranno elementi fortemente filtrati dal vaglio già operato nel procedimento amministrativo. Non solo tutto ciò rende prevedibile l'esito della causa, ma ne segue a catena un altro beneficio indiretto: la durata dei processi, radi perché disincentivati, è contenuta mediamente in un paio di mesi, anche per la draconiana brevità dei termini per impugnare il licenziamento (v. *amplius*, §16).

La previa autorizzazione degli organi amministrativi all'esercizio del potere di licenziare – istituto di origine non proprio onesta – ricompono così una filiera virtuosa, inducendo efficienze inaspettate, per fili inconsueti ma neanche paradossali, a riprova della fungibilità ed equivalenza degli elementi che compongono le tutele contro il licenziamento (v. *retro*, § 2).

10. INDIZI DI MUTAMENTO NELLA FUNZIONE DELLA FORMA – Il contraddittorio e il diritto di difesa sono capisaldi propri del procedimento in materia disciplinare, e quindi del licenziamento soggettivo, tranne in Germania e Austria. Invece l'*Anhörung des Betriebsrats* in questi due paesi, e l'autorizzazione al licenziamento individuale nel caso olandese, assumono una valenza universale di controllo che è indifferente al tipo di motivo sottostante. Per il resto i procedimenti che coinvolgono le strutture di rappresentanza vigono e si espandono – si pensi al controllo sindacale sui licenziamenti collettivi – solo nel quadro della ragioni oggettive.

⁷² Nogler, 2012, 667 (ora in Pedrazzoli, a cura di, 2014, cap. 7). Il meccanismo venne imposto nell'occupazione nazista del 1940, in estensione della leggi naziste che in Germania avevano assoggettato assunzioni e licenziamenti all'autorizzazione pubblica, per controllare la circolazione delle persone.

Accentuando queste distinzioni, ne va valorizzato l'elemento comune, che è dato della previa comunicazione dell'intento di licenziare, indicandone le ragioni, alla controparte, e/o all'organo di rappresentanza dei lavoratori, e/o all'autorità del lavoro. In scala di intensità crescente a seconda del destinatario, tale comunicazione comporta che il datore di lavoro prenderà la sua decisione con maggior cautela ed equilibrio, dovendo tener conto delle possibili obiezioni (in scala: poco importanti, molto importanti, quasi dirimenti) che nel procedimento possono essere formulate. Per converso, una volta che i destinatari della comunicazione abbiano consentito sulle asserite ragioni (o non le abbiano contraddette)⁷³, il licenziamento acquisisce una attendibilità supplementare che tende a cristallizzarsi pure nel merito.

Tornando alla funzione di garanzia svolta dalla forma-procedimento, quando viene ancorata al rispetto della persona umana e della sua libertà e dignità si ha sempre o quasi in mente il solo licenziamento per motivi soggettivi: come è constatabile ad esempio nelle decisioni della nostra Corte Costituzionale⁷⁴. Del resto, il nesso con l'art. 2 Cost.⁷⁵ corrisponde al dato che solo in caso di giusta causa e di

⁷³ Se invece l'organo di rappresentanza obietta e si oppone (penso sempre al § 102, *BetrVG*), e il lavoratore, munito del suo parere negativo, attiva una controversia nel rapidissimo processo di lavoro tedesco, potrà ben dirsi che il datore di lavoro se l'è un po' cercata ad insistere nel licenziamento.

⁷⁴ *In primis (pour cause)* nella famosa sentenza 30.11.1982, n. 204, rel. Andrioli, che ricondusse ad una qualche unità il «gregge» determinato nei trattamenti in punto a licenziamento disciplinare dalle diverse previsioni della contrattazione collettiva. L'affermazione di una funzione della forma-procedimento nei termini detti potrebbe trovare appoggio nell'art. 53 della Costituzione portoghese, che riferisce il principio della «*segurança no emprego*» soltanto al licenziamento per *justa causa* (locuzione che, pur non corrispondendo alla nostra omologa, inconfondibilmente rinvia al *facto imputavel* al lavoratore).

⁷⁵ Nelle altre occasioni in cui la Corte è intervenuta non è sempre univoco il riferimento al licenziamento soggettivo. Si trattava dell'esclusione, dalla protezione della l. n. 604 del 1966, degli ultrasessantacinquenni non ancora pensionati né in possesso dei requisiti per andare in pensione (esclusione disposta nel testo allora vigente dell'art. 11, c. 1). Nella sentenza 14.7.1971, n. 174, che pur investe la forma con riguardo

g.m.s. le causali del licenziamento toccano la personalità del lavoratore, nel senso di incidere sulla sua capacità di «tener fede al regolamento contrattuale». Tale connotazione ha suggerito il profilo di un «licenziamento per inadempimento», inteso quale area, o motivo, più ampio di quello disciplinare⁷⁶, profilo che riprenderò alla fine (§ 17) per valorizzare l'idea dei due licenziamenti.

La spiccata pertinenza al licenziamento disciplinare della tutela della dignità umana del lavoratore impone di indagare se, quando il licenziamento poggia invece su ragioni oggettive, la forma-procedimento abbia una funzione paragonabile. In proposito pare potersi dire che tale funzione si polarizzi allora sulla libertà di impresa e sui diritti sociali del lavoratore, dimensioni che non sono coerenti, né comunque del tutto allineate, con quella della garanzia della persona per solito valorizzata. Sicché nel licenziamento economico la forma-procedimento dovrebbe più rispecchiare le esigenze del lavoratore in quanto esposto al rischio della perdita del posto, e quindi, ad esempio, nella determinazione dei criteri sociali da osservare e nella selezione della possibilità d'accesso a servizi del lavoro efficienti.

In breve, nel tipo di licenziamento predominante si verifica uno spostamento d'accento sulle misure di equità sociale e di giustizia distributiva da garantire, per cui la forma-procedimento si specializza in modo da essere servente ai congegni normativi indirizzati a quelle misure. Non osservando lo scopo di assicurare l'adeguata e tempestiva distribuzione di risorse scarse a beneficio degli aventi secondo criteri sociali e di merito, avrebbe l'ulteriore conseguenza che questi, in caso di negligenza e ritardi nella predisposizione amministrativa e gestionale, sarebbero legittimati a

ad ogni tipo di motivo, l'argomentazione si incentra sull'art. 4, l. n. 604 del 1966; nella sentenza 7.7.1986, n. 176, sono invece investiti gli articoli 1 e 3, l. 604. La sentenza 23.11.1994, n. 398, come quella succitata n. 204/1982, attengono invece alle garanzie dell'art. 7 St.lav.

⁷⁶ V. Nogler, 2007, 653, che cita a conforto Cass. S.U. 30.3.2007, n. 7880 (la decisione che estese le garanzie dell'art. 7 al dirigente non apicale).

chiedere la eventuale responsabilità⁷⁷. Insomma il bene persona sta in sostanza sempre al centro, ma come vedremo *infra*, § 17 può esserlo in due connessioni diverse: quale valore incondizionato e preminente, gerarchicamente superiore, nel licenziamento soggettivo, e quale valore equiordinato ad altri che chiedono a loro volta riconoscimento, come ora mostrato per il licenziamento economico.

III. Illegittimità dell'atto e rimedi: indennizzo vs reintegrazione (prosecuzione del rapporto)

11. EFFICACIA E INEFFICACIA DEL LICENZIAMENTO INVALIDO, OGGETTO DELL'AZIONE DI IMPUGNAZIONE, SANZIONI E RIMEDI – Quando il licenziamento è vietato da qualche disposizione, o si rivela discriminatorio, o risulta fatto per rappresaglia, o è contrario a norme di rango costituzionale, oppure manca dei presupposti sostanziali di merito (perché i motivi non sussistono, o non sono sufficienti a giustificarlo), ovvero non sono stati osservati i presupposti formali e di procedimento o i criteri di scelta – in tutti questi casi l'atto espulsivo viene qualificato «negativamente», con connotati variabili come (alla rinfusa) «illegittimità», «invalidità», «illiceità»; ovvero ancora «nullità», «inammissibilità», «irregolarità», «scorrettezza», «irritualità», ecc.⁷⁸

Già la suddetta qualificazione «in negativo» costituisce in senso ampio «sanzione». Ma per mettere un po' di ordine nelle definizioni cardine, si deve partire dalla contrapposizione «inefficacia-efficacia». Poiché il licenziamento è un atto di esercizio di potere

⁷⁷ Ho provato ad abbozzare (in Pedrazzoli, 2004 e poi 2007, 500 ss.) questa prospettiva di una risarcibilità dei pregiudizi che colpevolmente derivano al lavoratore dalla inefficienza o inadeguatezza dei servizi pubblici o privati preposti al mercato del lavoro. Si tratta di un ipotesi che attende di essere arata (come tenta Ciucciavino, 2012, 61 ss.).

⁷⁸ In corrispondenza, nelle varie lingue si presentano aggettivi (sempre alla rinfusa) come *irregulair*, *unzulässig*, *unfair*, *improcedente*, *illicito*, *nulo* nonché i corrispondenti sostantivi.

sostanziale che ha per effetto la cessazione o estinzione del rapporto di lavoro è infatti nella natura stessa della cosa che, in presenza di divieti, vizi ed anomalie dell'atto sorga come prima questione quella se il licenziamento invalido, a stregua dell'una o dell'altra delle qualificazioni sopra menzionate, sia un atto efficace o meno.

La questione si ingarbuglia nell'esperienza italiana, giacché la l. n. 604 del 1966 (artt. 2 e 4), e ancora più espressamente il vecchio art. 18, individuavano quali *species* dell'invalidità (nell'art. 18: dell'«illegittimità»): (a) la «nullità» del licenziamento quando discriminatorio (*lato sensu*); (b) l'«annullabilità» quando «non ricorrono gli estremi» della giusta causa e del giustificato motivo; e (c) l'«inefficacia» quando sussistono vizi di forma (ex art. 2, l. n. 604).

In tale tripartizione il licenziamento viziato nella forma è stato singolarmente qualificato «inefficace» invece che nullo, con una «smagliatura dogmatica»⁷⁹ che scompagina il campo, impedendo di declinare con chiarezza la questione, che è poi quella se il licenziamento, invalido perché viziato, sia, e come, anche inefficace, o resti pur sempre efficace.

Trascurando gli altri ordinamenti⁸⁰, tale questione è da noi complicata in via ulteriore dalla coesistenza di due regimi paralleli (aree della tutela forte e debole); e ora complicata lo è ancor più per la articolazione delle varianti sanzionatorie nel nuovo art. 18. Per cui, nella ricostruzione-interpretazione del sistema italiano si tende ad accorciare il ragionamento e si dice in modo un po' lapalissiano, che laddove ne consegua la reintegrazione, il licenziamento invalido

⁷⁹ Così Consolo, 1991, § 13 e nt. 173.

⁸⁰ Sia nei sistemi in cui è prioritaria una certa conseguenza sanzionatoria (che definirò monistici: v. § 13); sia in quelli in cui le conseguenze sanzionatorie sono ripartite (che definirò dualistici: v. subito § 12) le difficoltà che esemplifico non sussistono. Così, per i primi, ad es. in Germania, è espressamente stabilito che in ogni caso di invalidità, il licenziamento è *unwirksam*. Mentre nei secondi soli i licenziamenti nulli determinano l'inefficacia.

è inefficace; laddove invece segua l'indennizzo, il licenziamento pur invalido è efficace⁸¹.

L'indecifrabilità dogmatica delle variazioni in esame non è però finita. Un'altra contrapposizione nostrana, quella fra licenziamento nullo e annullabile, immette infatti nella *querelle* circa l'oggetto dell'azione di impugnazione del licenziamento⁸², che varia a seconda della qualificazione assegnata al vizio dell'atto. Se l'atto è qualificato nullo (nel senso della nullità relativa), essendo il licenziamento *tamquam non esset* non può avere alcun effetto estintivo: l'azione-sentenza sarà di accertamento della nullità e, se la risposta è positiva, il rapporto di lavoro, mai interrotto, prosegue. Se il licenziamento è invece annullabile, l'azione-sentenza sarà costitutiva dell'annullamento, ma anche demolitoria del rapporto *ex tunc*: nel senso che si deve immaginare un rapporto di lavoro estintosi nel momento del licenziamento, che riprende vita con la sentenza di annullamento dell'atto con effetto retroattivo. Solo in un siffatto macchinoso modo, infatti, si stabilisce la piena operatività del meccanismo reintegratorio (implicando esso pure il risarcimento del danno nella misura delle retribuzioni corrispondenti al periodo di estromissione, e quindi supponendo un rapporto di lavoro pienamente funzionante *medio tempore*).

⁸¹ In questo *busillis* il trattamento dell'effetto appare casuale, come hanno reso ancora più evidente le varianti sanzionatorie del nuovo art. 18 St.lav. Le classi di casi a cui conseguiva l'efficacia o l'inefficacia, in precedenza erano ristrette a due, in corrispondenza grosso modo delle due aree di tutela; mentre ora si sono moltiplicate per ragioni assai difficili se non imperscrutabili. Comunque se l'ordinamento dispone l'indennizzo, il rapporto di lavoro viene ora espressamente dichiarato risolto (nuovo art. 18, c. 5, richiamato dal c. 6 e pure dal c. 7) inserendo allo stesso oggetto dell'azione il dato che il licenziamento pur viziato resta efficace.

⁸² Dalla investigazione sulla natura dell'azione e del provvedimento giudiziale che ne consegue, se dichiarativa di accertamento, ovvero se costitutiva, si sono sprigionate acute ricostruzioni ad opera di processualisti (in particolare Consolo, 1991, 569 e ss.; e poi Pagni, 1994, 85 ss.) riprese con insistenza, meritoriamente, da Nogler, 2007, specie III sez., 655 ss.

Tale percorso tortuoso è stato ricostruito e sottoposto a disamina, or sono più di vent'anni, in un lucido saggio che ha criticato la ricostruzione dell'annullamento in termini di azione (sentenza) costitutivo-demolitoria, anche per altre disarmonie che comporta (fra cui quella di costringere a leggere l'art. 5 della l. n. 604, come se disponesse un'inversione dell'onere della prova)⁸³. Una rappresentazione ben più adeguata si profila ritenendo (o esplicitamente prevedendo: v. *infra*, § 13 per l'ordinamento tedesco), che il licenziamento invalido, e quindi pure quello annullabile, sia «inefficace». Nel processo per l'impugnazione del licenziamento, secondo tale prospettiva, viene chiesto di dichiarare, e sarà accertato, che il rapporto di lavoro non si è sciolto, non essendo stato inciso dall'atto invalido; con la conseguenza che il lavoratore ha in via di principio diritto a proseguire nell'impiego (*alias*, ma non è altrettanto esatto: ad ottenere la reintegra), senza dover immaginare una complicata vicenda di morte e resurrezione del rapporto di lavoro, indotta dalla sentenza di annullamento costitutivo.

Un'osservazione di chiusura sul termine «sanzione», giacché ha accezioni diverse a seconda dei contesti o piani in cui ricorre. Come si deduce pure dalla esposizione che precede, dapprima il segno connota la qualificazione del «vizio» o del «difetto» emerso nell'atto di licenziamento *lato sensu* invalido (ad es.: sanzione della nullità); in seconda battuta può (dovrebbe) connotare la circostanza che il licenziamento così riprovato, non ha l'effetto suo proprio di estinguere il rapporto (sanzione dell'inefficacia); infine connota il provvedimento in corrispondenza (o in conseguenza) previsto dalla legge, e/o adottato dal giudice (ad es.: sanzione della reintegra). Ad evitare qualche equivoco o sovrapposizione, si può almeno riservare all'ultima connotazione il nome di «conseguenza sanzionatoria», o semplicemente di «rimedio».

⁸³ Che invece (secondo l'esplicazione di Consolo, 1991, 578 ss.) deve essere più correttamente ricostruito come onere del datore di lavoro di provare il fatto costitutivo del suo potere di estinguere il rapporto (in applicazione del principio di cui all'art. 2697 c.c.).

12. LE DISCIPLINE IN MATERIA FRA DIRITTO COMUNE E MICROSISTEMA. PRIORITÀ VS RIPARTO DI TUTELA REINTEGRATORIA E TUTELA RISARCITORIA: SISTEMI DUALISTICI (FRANCIA E SPAGNA) – Le tutele contro il licenziamento, comprese le conseguenze della violazione delle relative discipline, in nessun paese si applicano, tranne in Spagna, a tutti i lavoratori dipendenti indistintamente. Ovunque o quasi⁸⁴, il microsistema normativo «tutela contro il licenziamento» ha un campo di applicazione delimitato, di massima in ragione della dimensione aziendale, ma anche di altri requisiti.

Così in Gran Bretagna il lavoratore gode della disciplina statutaria del *fair dismissal* se è dipendente dall'azienda almeno da due anni (*qualifying period*, che fra il 1996 e il 2012 era stato ristretto ad un solo anno) e se rientra nelle tre situazioni (*circumstances*) precisate nella sez. 95 (1) *ERA (retro, § 5)*. In Germania il *KSchG* si applica (dal 2004) nelle unità con più di 10 addetti (prima con più di 5, ma una volta con più di 20). In Francia, oltre che occupato in una unità con 10 addetti, per essere protetto il lavoratore deve avere due anni di anzianità aziendale.

Se non sussistono i variabili requisiti ricapitolati, il licenziato fruisce di una tutela sostanziale e procedurale attenuata, venendo allora lo standard di protezione offerto nel microsistema, rimpiazzato con ben più flebili regole di diritto comune, a stregua di *common law*, o del *BGB*, o del *Code Civil*.

L'atteggiamento francese è esemplare: si afferma che in ogni caso, pure se gli addetti sono meno di undici (o anche sopra tale soglia, se l'anzianità aziendale del lavoratore è inferiore a due anni), devono essere vagliati i motivi del licenziamento ed osservato il procedimento: ma le conseguenze del vizio dell'atto che in tali ipotesi potranno essere tratte, sono quelle di diritto comune, legate all'applicazione della dottrina dell'*abuse de droit*. Più chiaramente,

⁸⁴ Pervero, anche nel pubblico impiego privatizzato italiano vi è una disciplina uniforme, perché l'art. 18 si applica indistintamente a tutti (l'art. 18 vecchio, se si ritiene che il settore non sia stato toccato dalla recente riforma: v. art. 1, c. 7, l. 28.6.2012, n. 92).

in modo che emerga il filisteismo di questa connessione: se il lavoratore licenziato non rientra nei presupposti della disciplina di protezione, non è eccettuato proprio da tutti i principi o regole di essa... ma solo dalle tutele sanzionatorie che ne conseguono.

Che in ogni sistema vi sia una classe, o ambito di casi, in cui non vigono le tutele contro il licenziamento previste nel microsistema normativo, è però situazione diversa dalla nostra distinzione fra le aree di c.d. tutela forte e debole, nella quale si consuma piuttosto una differenziazione «interna» alle discipline specifiche del licenziamento (e non fra queste e il diritto comune: v. anche *infra*, § 15, lett. a)⁸⁵, ognuna delle quali inerisce a due gruppi imponenti, costituiti da milioni di rapporti di lavoro.

Alle qualificazioni che sanciscono qualche deficienza dell'atto di licenziamento e/o la sua riprovazione conseguono ovunque a favore del lavoratore – entro finalmente *in medias res* – due tipi di provvedimenti: il rimedio dell'*indennizzo*⁸⁶, riconducibile all'archetipo della tutela risarcitoria (che suppone l'efficacia del licenziamento,

⁸⁵ Va rimarcato che, con la generalizzazione della giustificazione – sancita dalla l. n. 108 del 1990, tranne i noti casi residuali di licenziamento *ad nutum*, da trattare secondo il diritto comune – nel sistema italiano vigono, contrapposte e distinte, due discipline parallele delle conseguenze del licenziamento illegittimo. Tale situazione, si badi, non è assimilabile a quella portoghese, in cui il rimedio generalizzato è sempre la reintegra: quando viene ammesso in via eccezionale l'indennizzo (nei soli casi delle *microempresas* sotto i 10 addetti o se si tratti di dirigente), l'ambito così delimitato della tutela indennitaria, non può essere considerato il corrispondente di ciò che noi definiamo area debole, perché in Portogallo non esiste una disciplina residuale ulteriore definibile come licenziamento di diritto comune.

⁸⁶ Si considerino: per la Gran Bretagna la *compensation* nelle componenti *basic award* e *compensatory award* (Sez. 115 *ERA*); per la Germania la *Abfindung* (§ 10, *KSchG*); per la Francia la *indemnité*, eventualmente *minimale*, a parte il *remboursement des indemnités de chômage* (artt. L. 1234-9, 1235.2, 1235-4 *CT*); per la Spagna la *indemnización* (artt. 53, 55 e 56 *ET*, nonché art. 110 e 123 *LPL*); per il Portogallo la *compensação*, oltre alla *indemnização* (art. 390 *CT*).

ancorché invalido); il rimedio della *reintegrazione*⁸⁷, riconducibile all'archetipo della tutela ripristinatoria (che del licenziamento suppone invece l'inefficacia, oltre che l'invalidità).

Anche se il modo in cui si combinano, o si oppongono, tali due tecniche è diversificato da paese a paese, e a volte pure dentro lo stesso sistema, ad un certo livello d'astrazione, si possono identificare due modelli contrapposti⁸⁸. Nel primo – definibile monistico – è sancita la priorità di un rimedio, quello che dovrà in via di principio essere applicato. Anticipo che ciò avviene, in modi molto diversi, in Germania con la *Weiterbeschäftigung*, in Gran Bretagna con il *re-employment*, in Portogallo, seccamente, con la *reintegração*. Ciò avveniva (in modo altrettanto secco) in Italia fino alla recente riforma, però in termini duplicati, a seconda delle due note aree di tutela: con la reintegrazione, oltre i 15 addetti; con la penale indennitaria sotto i 16 addetti.

Per il secondo modello – dualistico – si ha invece un riparto del tipo di rimedio, di massima a seconda dei vizi e delle violazioni, più o meno intensi, che inficiano il licenziamento, e anche a seconda del tipo di motivo sottostante: la tecnica reintegratoria viene adottata per le classi di casi più riprovevoli, quelli involgenti la dignità della persona e/o di cui è sancito il divieto; la tecnica risarcitorio-indennitaria viene invece adottata quando i vizi e le violazioni hanno

⁸⁷ Si vedano: per la Gran Bretagna il *re-employment*, nelle due forme del *reinstatement* e del *re-engagement* (sez. 114 e 115 *ERA*); per la Germania la *Weiterbeschäftigung* (in quanto il rapporto di lavoro prosegue: § 9, *KSchG*); per la Francia la *reintegration*, nella forma del *replacement*, ma a volte pure con *remise en l'état integral* (art. L 1235-3 *CT*); per la Spagna la *readmisión inmediata* nel *despido nulo* o invece la *readmisión* normale, per opzione, nel *despido improcedente* (articoli citati alla nota precedente); per il Portogallo la *reintegração* (art. 389 e ss. *CT*).

⁸⁸ Nell'enucleare tali modelli tralascio ogni giudizio di merito su cosa debba intendersi per «principio di stabilità» e su quale dei rimedi in contesa – reintegrazione e indennizzo – sia sul punto da prescegliere. Osservo poi che nella frammentazione disciplinare introdotta dalla nostra recente riforma è constatabile in proposito un parziale e macchinoso passaggio dal primo al secondo dei modelli elaborati nel testo (ne accenno *infra*, § 16).

una intensità minore (così in Francia, e anche in Spagna). Ma l'assunto che il rimedio reintegratorio e quello indennitario siano ripartiti, deve essere specificato più in dettaglio per le differenze fra i paesi detti.

- *Spagna*. La storia della disciplina rimediale corre parallela, in Spagna, a quella del *derecho de opcion*, fra *readmisión* e *indemnización*. La titolarità di questo diritto è nel tempo volubilmente cambiata, in asseccamenti temporanei di un cangiante sentire ideologico. Venendo al tempo attuale, bisogna in proposito distinguere il tipo di illegittimità⁸⁹. Se il licenziamento è nullo (il che si verifica quando è discriminatorio e antisindacale, o in violazione di diritti fondamentali e di libertà pubbliche, o di disposti a tutela della maternità e dei congedi parentali), il datore è condannato senz'altro alla *readmision inmediata*, alla quale è annesso il pagamento del danno al lavoratore, di principio nella misura delle retribuzioni spettanti dal momento dell'estromissione a quello della sentenza (*salarios de tramitacion*)⁹⁰.

Se invece si tratta di *despido improcedente* (qualificazione più leggera, che va adottata quando il licenziamento è affetto da vizi di forma o non ne sono provati i motivi) l'opzione relativa al rimedio passa al datore di lavoro, che avrà cura di scegliere l'indennizzo come male minore. Esso è allo stato fissato in 33 giorni di retribuzione per anno lavorato, fino a un massimo di 24 mensilità: una misura sensibilmente inferiore a quella che vigeva prima del regio decreto n. 3 del 2012 (45 giorni per anno, fino ad un massimo di 42 mensilità). Si badi che, a seguito di tale legge, il datore non deve più i *salarios de tramitacion* a cui in precedenza era tenuto anche in caso di indennizzo, sicché è proprio spinto per convenienza a optare per questo.

⁸⁹ Cfr. Pederzoli, 2014, *sub* § 6.

⁹⁰ E da rimarcare però che il risarcimento del danno gravante sull'imprenditore è circoscritto ad un periodo limitato, in quanto, se la sentenza sopravviene dopo trascorsi 90 giorni dalla presentazione della domanda, il datore di lavoro si può rivalere verso lo stato per la quota di risarcimento eccedente il limite detto (nel massimo di un anno).

Anche in caso di *improcedencia*, tuttavia, il diritto d'opzione spetta al lavoratore se il contratto collettivo gli lo attribuisce. E al lavoratore comunque spetta, per legge tale diritto, se si tratta di licenziamento che ha illegittimamente colpito un rappresentante sindacale.

- *Francia*. Pure nell'ordinamento francese al licenziamento nullo segue di principio il rimedio reintegratorio⁹¹. È nullo il licenziamento quando è vietato per proteggere il lavoratore in particolari situazioni personali (gravidanza, puerperio, malattia, ecc.), o è discriminatorio, o è di rappresaglia e antisindacale, ovvero infine se viene disatteso, in caso di licenziamento collettivo, quanto fissato nel *PSE (plan de sauvegarde de l'emploi)*. In tali casi, il giudice ordina la reintegrazione, la cui attuazione è garantita perché assistita da una *astreinte*, strumento inesorabile di coercizione indiretta. Inoltre al lavoratore deve essere risarcito il danno economico, determinato nella misura delle retribuzioni mancanti *medio tempore* (detratto *l'aliunde perceptum*). Se il lavoratore rinuncia alla reintegrazione, oltre al risarcimento suddetto, gli va riconosciuta una indennità in misura non inferiore a sei mesi di retribuzione, che a volte raggiunge misure ragguardevoli.

Passando ai vizi che non determinano nullità, vengono in rilievo anzitutto le irregolarità procedurali. Se il licenziamento ha comunque una causa di carattere reale e serio, la sanzione per tali irregolarità è molto tenue: il giudice può richiedere che sia sanato il mancato rispetto della procedura e stabilire a carico del datore un modesto indennizzo (non più di un mese di retribuzione).

Con o senza vizio di procedura, se invece manca la *cause réelle et sérieuse*, le conseguenze sanzionatorie sono più importanti. Il giudice può in tal caso proporre la misura della «reintegrazione», da intendersi però nel senso di una riassunzione alle condizioni precedenti⁹². Se il datore rifiuta tale riassunzione, il giudice deve

⁹¹ Cfr. Centamore, 2014, *sub* § 5.

⁹² In tali termini pare sia propriamente da intendere la *réintégration du salarié dans l'entreprise* di cui parla l'art. L 1235-3, *CT*.

ordinare il pagamento di un'indennità in misura non inferiore a sei mensilità. Inoltre il datore di lavoro è tenuto a rimborsare l'erario, nel limite di sei mesi, della indennità di disoccupazione di cui abbia frattanto fruito il lavoratore licenziato.

13. *SEGUE*. SISTEMI MONISTICI (PORTOGALLO, GERMANIA, GRAN BRETAGNA) – I sistemi monistici suscitano problemi complessi, giacché nei due più importanti di essi (Germania e Gran Bretagna) l'affermazione di una priorità della tutela ripristinatoria va coordinata con una regola che pare contraddirla, operante sul piano applicativo concreto. Parto dall'esposizione del sistema portoghese, quello veramente monistico in modo netto, in quanto non prevede la variante della suddetta regola in seconda battuta.

- *Portogallo*. Nell'ordinamento portoghese, il licenziamento è in via generale *illicito*, giusta l'art. 381 *CT*, se è affetto da motivo ideologico o discriminatorio, quale sia la ragione addotta; se è dichiarato *improcedente* per insussistenza dei motivi; se non è stato osservato il procedimento; se viola i disposti di tutela della maternità e parentali⁹³. Altri vizi sono specificamente declinati nelle caselle dei tipi di licenziamento (per fatto imputabile da un lato, e per soppressione di posto, per inadattamento e per licenziamento collettivo dall'altro). In tutti i casi di *illicitude*, l'art. 389 *CT* stabilisce in via generale che ne conseguano l'«indennizzo» (*rectius*: risarcimento) di tutti i danni subiti, patrimoniali (retribuzioni mancate) e non, nonché la reintegrazione. Ciò significa che l'illiceità si accompagna alla inefficacia del licenziamento⁹⁴.

Fino all'udienza conclusiva del processo, il lavoratore può comunque scegliere, al posto della reintegrazione e fermo il risarcimento del danno, un indennizzo, che il giudice determinerà nella misura fra 15 e 45 giorni di retribuzione per anno di servizio, osservato il minimo di 3 mensilità. Tale diritto d'opzione è attribuito

⁹³ Cfr. Martelloni, 2014, *sub* § 6.

⁹⁴ Si veda Leal Amado, 2010, 401, che, chiudendo il cerchio, definisce civilistica la prima conseguenza, derivante dalla illiceità, e lavoristica la seconda, derivante dall'inefficacia.

esclusivamente al lavoratore (il congegno è quindi simile, largamente, alla nostra «barattabilità» fra reintegrazione e indennità delle 15 mensilità).

La *reintegração* è una conseguenza indefettibile della *ilicitude* e non ammette varianti: può essere evitata solo nel caso di licenziamento in *microempresas* (quelle sotto i 10 addetti) o se il licenziato è un dirigente. Anche in tali casi, tuttavia, per conquistarsi l'indennizzo il datore dovrà addurre e dimostrare ragioni che «*tornem o regresso do trabahador gravemente prejudicial e perturbador do funcionamento de empresa*» (art. 391, c. 1, CT)⁹⁵.

- *Germania (Austria)*. Nell'ordinamento tedesco è affermata in modo compatto la priorità del rimedio reintegratorio, nella forma della prosecuzione nell'impiego (*Weiterbeschäftigung*), come vedremo anche logicamente più coerente. Se il licenziamento non è *sozialgerecht*, o se è irregolare (ad esempio: disposto senza aver sentito il *Betriebsrat*), o se è inammissibile (ad esempio: diretto contro membri del *Betriebsrat*), per non dire quando è discriminatorio – in tutti i casi è *unwirksam* (inefficace)⁹⁶. E poiché nel quadro del *KSchG*, andando al nocciolo, oggetto dell'azione di impugnazione del licenziamento è l'accertamento della sussistenza del rapporto di lavoro (rispondendo al quesito se un certo licenziamento, in quel certo modo adottato, ha sciolto o meno il rapporto)⁹⁷, se il rapporto non viene dichiarato risolto, ciò implica che il lavoratore ha diritto a «proseguire nell'impiego» (o «nell'occupazione»)⁹⁸: un diritto che è sancito al di fuori della

⁹⁵ Questa rocciosa rigidità portoghese potrebbe essere ricollegata al principio di «*segurança de emprego*», di cui all'art. 53 Costituzione, se fosse affermato per tutti i licenziamenti (mentre è in prevalenza affermato, secondo la dizione letterale della norma, solo rispetto ai licenziamenti per *justa causa* e per motivi ideologici (v. già *retro*, la nt. 87).

⁹⁶ Cfr. Grivet-Fetà 2014, *sub* § 7.

⁹⁷ Sulla disciplina processuale germanica cfr. Consolo, 1991, 569 ss., specie 586 ss., con corredo di densissime note.

⁹⁸ Il concetto, conseguente all'inefficacia del licenziamento invalido, è da rintracciare nella storia della *Betriebsverfassung*. Si è già detto all'inizio

disciplina dei licenziamenti, nel § 102 *BetrVG*⁹⁹, per cui la pretesa alla *Weiterbeschäftigung*, benché conseguenza di diritto sostanziale, non è disposta automaticamente, ma deve essere chiesta dal lavoratore.

Tale pretesa può essere (sarà quasi sempre) contrastata dal datore di lavoro, adducendo motivi per i quali la prosecuzione nell'occupazione sarebbe pregiudizievole, se non dannosa, per l'azienda; ovvero dimostrando che il protrarsi della collaborazione sarebbe inutile e non proficuo. Perché tali obiezioni possano essere accolte, il datore deve pure impegnarsi a corrispondere l'indennizzo (determinato nel massimo in 12 mesi di retribuzione: §§ 9 e 10, *KSchG*) che spetta al lavoratore quando il giudice dichiara risolto il rapporto¹⁰⁰.

Anche per il buon funzionamento del mercato del lavoro, nell'esperienza tedesca l'evento della *Weiterbeschäftigung* si verifica di rado, in situazioni molto particolari o simbolicamente cariche, e per i soli licenziamenti legati alla condotta (se si tratta di *betriebliche Kündigung*, opera come incisivo deterrente, dal 2004, la possibilità di corrispondere una indennità che preclude l'azione giudiziaria: v. subito sotto, § 14). Per il combinarsi di tali coefficienti, il fermissimo principio che il licenziamento inefficace non scioglie il rapporto di lavoro resta per così dire sulla carta e si rivela fungibile con un semplice indennizzo.

(v. *retro* nt. 1), che per i quattro motivi previsti dal § 84 *BRäteG* il licenziamento era l'impugnabile avanti all'organo di rappresentanza. Se questo riteneva sussistenti le ragioni lamentate, e la questione non trova-va una soluzione conciliativa, era consentito adire una commissione arbitrale che poteva dichiarare non legittimo il licenziamento (§ 87, *BRäteG*). In esecuzione del lodo era stabilita la «prosecuzione dell'impiego» (*Weiterbeschäftigung*: ecco la genesi dell'istituto), a cui però il datore poteva opporsi, essendo allora obbligato a risarcire il danno nella misura di un dodicesimo dell'ultima annualità di retribuzione, moltiplicato per gli anni di servizio.

⁹⁹ V. in proposito Nogler, 2012, 681 ss.

¹⁰⁰ Va aggiunto che, se il lavoratore opta per l'indennizzo (*Abfindung*), essendo comunque il suo licenziamento *unwirksam* avrà diritto pure alle retribuzioni perdute *medio tempore*, detratto il percepito.

Dell'affine normativa *austriaca* preme rimarcare il sistematico raccordo, al momento della decisione giudiziale sul licenziamento, con quanto emerge dai dati locali sull'occupazione. Tanto che, in condizioni favorevoli di mercato del lavoro, il giudice della ancora *felix* Austria può in sostanza azzerare l'indennizzo dovuto al lavoratore, per la valutazione che non avrà difficoltà, attivandosi, ad accedere ad una nuova occupazione adeguata¹⁰¹.

- *Gran Bretagna*. Per alcuni aspetti paragonabile a quella tedesca è pure la situazione inglese. Mentre in *common law* al licenziamento «irregolare» può tutt'al più seguire l'indennità corrispondente al preavviso, se il licenziamento è *unfair* nello *Statute law* (per i presupposti cfr. *retro*, § 5) consegue in via di principio il *re-employment*, in una delle due forme che può assumere del *reinstatement* – reintegrazione nello stesso posto; ovvero del *re-engagement* – rioccupazione nella stessa posizione o in una similare. Come alternativa, visibilmente in seconda battuta, è prevista la *compensation*, da ascrivere al risarcimento del danno (sez. 113, 114 e 115, *ERA*)¹⁰².

Anche nel Regno Unito l'imprenditore si può opporre alla preminente misura ripristinatoria, portando avanti al giudice, in contraddittorio col lavoratore, le ragioni per cui sarebbe meglio nella specie dichiarare che spetta, invece del reimpiego, la compensazione. Ma pure per il sistema inglese va rimarcato che quando il licenziamento è di tipo economico-oggettivo il contenzioso viene ridotto dalla diffusione del *redundancy payment* (sulla relativa esperienza v. subito sotto, § 14); per cui la questione della tutela reintegratoria si porrà quasi esclusivamente nei (minoritari) licenziamenti di tipo soggettivo, quelli legati alla condotta del lavoratore.

L'indennità sostitutiva, o alternativa, chiamata *compensation*, è costituita da un *basic award*, con cui si ristora – a seconda di età anagrafica, paga settimanale e anzianità di servizio – la perdita del reddito, fino a un massimo di £ 11.400; nonché dal *compensatory*

¹⁰¹ Cfr. Runggaldier, 2006.

¹⁰² Cfr. Ratti, 2014, *sub* § 8.

award, che ristora i danni, anche futuri, da mancanza di occupazione e può raggiungere l'importo di £ 65.300: ciò sulla base di un giudizio in cui si tiene conto pure della perdita di eventuali benefici. Anche in Gran Bretagna, quindi, la *compensation* assume una notevole consistenza per cui può risultare appetibile di fronte ai disagi che possono essere connessi al *re-employment* e in un quadro di efficiente funzionamento dei servizi preposti al mercato del lavoro.

14. OLTRE LA SANZIONE: INDENNITÀ AUTOMATICA E *FIRING COST* NEL LICENZIAMENTO ECONOMICO – Esposto quanto in Europa consegue al licenziamento viziato-invalido-illegittimo, merita osservare che conseguenze del licenziamento sono a volte previste, dichiarandole tali, pure quando è legittimamente disposto, essendo allora dovuto al lavoratore quanto in via generale l'ordinamento riconnette alla cessazione del rapporto (o, più esattamente, al recesso datoriale), a partire dalle regole sul preavviso. Con un omaggio calligrafico a tale ovvietà, in Francia si parla di *statut du salarié licencié*, traducendo la circostanza che nel *Code du Travail* fra le *conséquences du licenciement*, oltre al preavviso, si annovera l'*indemnité de licenciement*. Similmente in Spagna e Portogallo, quando il *despido* è *procedente* sono espressamente previsti alcuni trattamenti, per lo più da ricollegare alle situazioni provvisoriamente maturate nelle more del processo.

Può essere inquadrata in una consimile ottica la previsione – negli ordinamenti di Gran Bretagna, Spagna e Portogallo, nonché, più di recente, di Germania – di attribuire al lavoratore licenziato per ragioni di tipo obiettivo ed economico (al di là dei meccanismi indennitari previsti nelle riduzioni di personale) un'indennità in misura predeterminata: un'indennità delineata *a priori*, senza considerazione della legittimità o meno del licenziamento.

Nel 1965 una regola siffatta è stata prevista nel Regno Unito, quando venne disciplinata la *redundancy*, e cioè l'esuberato connesso alla cessazione dell'attività o alla riduzione delle esigenze produttive (v. *retro*, § 6). Da allora, in caso di *redundancy* se al lavoratore non viene offerta una occupazione sostitutiva, gli spetta a priori una

compensation, calcolata in base all'età, alla paga settimanale e all'anzianità di servizio¹⁰³; indennità che spesso nei contratti individuali viene determinata in misura più significativa di quella, invero esigua, prevista statutariamente.

Nella prima disciplina post-franchista dei rapporti di lavoro – anno 1977 – venne sancito in Spagna che, in caso di licenziamento per circostanze oggettive connesse alla capacità lavorativa o alle necessità di funzionamento dell'impresa, al lavoratore spettava la stessa indennità stabilita nel caso di licenziamento *procedente*¹⁰⁴: una disposizione radicale, che sarà qualche anno dopo trasferita nell'*Estatudo de los Trabajadores*¹⁰⁵.

In Portogallo l'indennità prevista, fin dalla seconda metà degli anni '70, per il licenziamento collettivo (prima commisurata a un mese di retribuzione per gli anni di servizio, ora, con la l. 25.6.2012, n. 23, ridotta a 20 giorni per anno, con un massimo di 12 mensilità) deve essere messa a disposizione del licenziato, dal 1989, anche nelle ipotesi di *despedimento por inadaptacão* (art. 368, c. 5, *CT*) e *por extincão do posto* (art. 375, c. 4, *CT*), pure inquadrabili nel motivo oggettivo. Fin da allora venne stabilita la presunzione che, accettando l'indennizzo, era accettato pure il licenziamento; e tale

¹⁰³ Cfr. il *Redundancy Payments Act* 1965, le cui disposizioni sono poi confluite in *ERA*. Attualmente la *Redundancy compensation* è così fissata: fra i 18 e i 22 anni di età del lavoratore, mezza settimana di retribuzione per ogni anno; fra i 23 e i 41 anni, una settimana; con più di 41 anni, una settimana e mezzo. Si può al massimo tener conto di 20 anni di servizio e comunque l'indennità non può nel complesso superare £ 12.900.

¹⁰⁴ Cfr. il Real Decreto Ley 17/1977, titolo V, cap. III, artt. 39 e 40.

¹⁰⁵ Invero, per l'art. 53, c. 1, lett. *b*, dell'*ET*, nel comunicare l'intento di licenziare per *causas objetivas*, il datore deve mettere a disposizione del lavoratore, con offerta reale, un indennizzo calcolato moltiplicando la retribuzione di 20 giorni per il numero di anni di servizio, fino ad un massimo di 12 mensilità.

presunzione è stata ripristinata, nel 2003, dopo un breve intervallo in cui era stata esclusa¹⁰⁶.

Infine in Germania, con la IV legge *Hartz*, a partire dal 2004 vige il nuovo § 1a del *KSchG*, per il quale, in caso di licenziamento per «stringenti esigenze aziendali» (*betriebsbedingte Kündigung*), quando l'imprenditore comunica la misura può dichiarare che se non viene impugnata avanti all'*Arbeitsgericht* (il termine è di tre settimane), spetta al lavoratore un'indennità calcolata moltiplicando metà del salario mensile per gli anni di servizio. Accettandola, al lavoratore è preclusa la via contenziosa.

Seppure nella legislazione inglese e spagnola una siffatta preclusione non sia sancita, e in quella portoghese lo sia solo indirettamente, essa opera però nei fatti. Invero, se il lavoratore che accetta l'indennità agisce poi in giudizio, se anche non la dovrà restituire in caso di soccombenza, si pone in una luce psicologicamente sfavorevole.

Ne viene che, in modo più o meno espresso, l'indennità prefissata nel caso di licenziamento per ragioni economiche ha portata transattiva: per cui è atta a soddisfare anche l'esigenza di prevedibilità dei costi del licenziamento (su ciò ho insistito in premessa: *retro*, § 2). Nel contempo, e in sinergia, è pure atta a deflazionare il contenzioso nel licenziamento assolutamente prevalente di tipo oggettivo-economico, in coerenza a quanto già rimarcato nel § precedente (e cioè che la tutela ripristinatoria, nei sistemi monistici, è nei fatti circoscritta ai motivi soggettivo-disciplinari).

La *compensation* o indennità previa di cui ho riferito, da noi sconosciuta, ha trovato una sorta di surrogato, nella discussione di

¹⁰⁶ V. ora l'art. 366, c. 4, *CT*. La vicenda precedente si snoda dalla *LCCT* del 1989 alla Ley n. 32 del 18.5.1999, e successivamente con le versioni del codice del 2003 e del 2009.

politica del diritto, con l'ipotesi del c.d. *firing cost*¹⁰⁷. Per disinnescare il contenzioso in materia di g.m.o. è stato proposto anni fa di fissare il costo-opportunità che un imprenditore accetta di pagare per sostituire un lavoratore più efficiente ad un altro, chiamiamolo meno efficiente, o con professionalità obsoleta, ritenendo così di riprodurre il modo concreto in cui opera la giurisprudenza¹⁰⁸. Secondo Pietro Ichino, se la somma corrispondente a tale calcolo venisse corrisposta in ogni licenziamento economico, derivando da un bilanciamento adeguato fra libertà di impresa e tutela della persona, ne conseguirebbe l'eliminazione della litigiosità in materia. Ma l'ipotesi di una «monetizzazione» coattiva *a priori* del licenziamento per motivo oggettivo-economico, ancorché basata su un calcolo contabile ritenuto razionale, faceva torto a tutti, per cui non poteva essere conestata da nessuno¹⁰⁹.

¹⁰⁷ V. già Ichino, 1996, cap. V, specie 120 e ss.; e poi Ichino, 2002, 473 ss. (nonché Ichino, 2003, III, 435 ss.).

¹⁰⁸ Quando decide sulla sussistenza o meno del giustificato motivo il giudice seguirebbe in realtà proprio un ragionamento del tipo riportato, anche se dice di voler fare altro (cfr. Ichino, 2002, 478 ss.).

¹⁰⁹ Il fitto contenzioso sui licenziamenti per ragioni produttive, organizzative e tecnologiche consegue da noi al dato della discutibilità degli elementi che integrano, secondo il diritto vivente, il motivo oggettivo. Se questo sussiste, il datore di lavoro, a parte l'alea del giudizio, può licenziare senza alcun costo, o con un costo ben minore di quello elaborato nella teoria menzionata. Perché dovrebbe allora sottoporsi al pedaggio del *firing cost*? Di converso, se il lavoratore è convinto che il motivo obiettivo-economico non sussista, perché dovrebbe rinunciare all'azione, accettando una somma così notevolmente inferiore a quanto le assicura l'art. 18 (nella nuova versione, povero, assai meno del passato) con la reintegra unita al risarcimento del danno? Lo vivrebbe come una sorta di svendita del suo diritto. L'ipotesi non è solo avulsa dal nostro sistema di diritto positivo, che presenta nei contorni disposti troppo squilibrati nel ripartire vantaggi e svantaggi; ma bisogna comunque far salvo per il lavoratore, il diritto sancito nell'art. 24 Cost. per non esporsi ad obiezioni di ordine costituzionale. E infatti cercherò di recuperare una prospettiva consimile, ridimensionando l'obiettivo e configurandolo in termini costituzionalmente più congrui (*infra*, § 16 in fondo).

IV. Duo sunt genera recessus: la considerazione a sé (finalmente) dei licenziamenti economici

15. DISTORSIONI E APORIE DEL DEFUNTO ART. 18 AL RISCONTRO COMPARATO: LA REAZIONE RIFORMATRICE – L'erronea e superficiale idea di cosa sia l'art. 18 ha costituito per decenni il fraintendimento più subdolo della materia dei licenziamenti. E pure dopo la riforma questa materia sarà evocata dall'art. 18 con un'allusione falsificatrice. La sproporzionata quanto inane discussione che per decenni ha accompagnato tale norma, anche dopo che nel 1990 era diventata la macchietta di sé stessa, inerzia passerà *more italico* nel dimenticatoio. Per cui, scevro da pregiudizi se non quelli che mi vengono dal riscontro comparato, mi pare giusto a futura memoria ricapitolare le principali ragioni che rendevano ingestibile e iniquo il sistema di cui la norma vituperata e osannata era epicentro e vergognosa l'inerzia nel cambiarlo.

a) *Raddoppiamento delle discipline del licenziamento, con eccessi di disparità fra le due aree.* L'art. 18 è un disposto anomalo nel senso che, pensato per i licenziamenti ideologici, antisindacali e di rappresaglia, nel corso dell'elaborazione dello Statuto dei lavoratori si estese d'acchito a tutti i licenziamenti che indistintamente fossero avvenuti, per semplificare, nelle unità sopra i 15 addetti¹¹⁰. In

¹¹⁰ Se ricostruiamo la discussione che portò ad introdurre la tutela reale alla luce dei lavori preparatori dello Statuto, la «reintegrazione nel posto di lavoro» (divenuta alla fine rubrica dell'art. 18) risulta avere avuto il seguente percorso (sintetizzo la più dettagliata esposizione in Pedrazzoli, 2011, XXV, nt. 11). La regola viene dapprima pensata per i soli licenziamenti discriminatori e di rappresaglia (nell'art. 10 del d.d.l. n. 738, presentato in Senato dal ministro Brodolini il 24.6.1969); viene poi ipotizzata anche per tutti i casi di licenziamento ingiustificato, seppur nei limiti di applicabilità (datori con più di 35 addetti) della l. n. 604 del 1966 (art. 10 del progetto di legge risultante dalla Commissione Lavoro del Senato); infine viene prevista – semplificando – per i licenziamenti nelle unità sopra i 15 addetti (nella discussione in aula al Senato). Rammento che l'impostazione iniziale era quella consigliata e auspicata dalla Commissione (presieduta da Gino Giugni) che il ministro Brodolini istituì ad inizio 1969 (la quale sul punto assecondava uno *standard* già allora riconosciuto, quello che – possiamo dire col senno di poi – è ora comparativamente il più diffuso). Si constaterà infine che i numerosi

conseguenza di tale norma, dal 1970 vigono nel nostro paese due discipline specifiche radicalmente diverse in materia¹¹¹, con una duplicità che determina conseguenze iperprotettive nell'ambito di applicazione dell'art. 18, e ipoprotettive in quello della l. n. 604. Tale raddoppiamento è stato (e in parte è ancora) fattore moltiplicatorio di contraddizioni e dissonanze, che enfatizzano le disparità di trattamento fra le due imponenti utenze rispettive (alla disciplina dell'area forte sono assoggettati in Italia 8-9 milioni di rapporti di lavoro; a quella dell'area debole circa 6 milioni).

b) *Carattere quantitativo-estrinseco del discrimen dei trattamenti sanzionatori del licenziamento illegittimo*; e in particolare:

c) *Irrelevanza, come discrimen, del tipo di motivo sottostante al licenziamento e/o della gravità della violazione*. Nella duplice disciplina sopra ricordata, la legge non distingue per nulla le conseguenze sanzionatorie in considerazione del tipo di motivo addotto per giustificare il licenziamento, o della gravità del vizio, bensì in base all'elemento quantitativo della dimensione dell'unità

intervenuiti nella discussione (Torelli, Pennacchio, Nencioni, Zuccalà, Magno, Cavezzali, Veronesi), anche relatori o sottosegretari (Bermani, Tomaso Mancini, Zampa) hanno sempre in mente solo il licenziamento per motivi soggettivi (anche confusamente, transitando dal motivo discriminatorio, alle rappresaglie e al semplice motivo disciplinare). Manca qualsivoglia avvertenza dell'importanza crescente dei licenziamenti per motivi oggettivi, che pur già allora erano nettamente predominanti. Precluse alla fine ogni altro approfondimento un fattore contingente, che portò all'approvazione «compulsiva» della legge, ad opera della Camera, il 13 e 14.5.1970, senza neppure toccare il testo dimesso dal Senato; e cioè la preoccupazione, manifestata con forza dall'on. Donat Cattin – succeduto come Ministro del Lavoro allo scomparso Brodolini – che la situazione politica, già deteriorata con la strage di Piazza Fontana del dicembre 1969, potesse degenerare incontrollatamente se la legge tanto attesa, e il suo art. 18, non fosse stata approvata senza indugi in via definitiva.

¹¹¹ Come precisato già *supra*, § 12, tale distinzione non dà luogo alla contrapposizione (ovunque riscontrabile) fra una legislazione specifica in materia di licenziamento e le regole di diritto comune, ma a due paralleli microsistemi normativi del licenziamento illegittimo-invalido, le cui discipline si contrappongono fra loro (aree cd. forte e debole), ma, insieme, pure a quella di diritto comune.

produttiva. Su tale unico elemento estrinseco, avulso e muto alla rilevanza tipologica, è improvvidamente appoggiata la selezione di un trattamento abissalmente differente. La circostanza intrecciata (previsione di un solo criterio estrinseco – più di 15; meno di 16¹¹² - , unita all'assenza di criteri attinenti al tipo e gravità del vizio), rende ancora più ingiustificata la abnorme disparità di trattamento fra le due aree.

d) *Unicità della conseguenza sanzionatoria, ottusamente fissata nel punto più alto di protezione.* La tutela c.d. forte era caratterizzata dal disporre sempre e solo la sanzione massima in ogni caso di licenziamento – fosse esso discriminatorio, espressamente vietato, in violazione di diritti fondamentali, ingiustificato, carente nella forma, disposto senza osservare il procedimento (anche con riguardo a comunicazioni marginali), nullo, annullabile, irregolare, ecc. In tutti questi casi, per tornare ad una alternativa di fondo (*retro*, § 11), nell'area forte il licenziamento era invalido, e pure inefficace, venendo sempre e indistintamente sancita la condanna alla reintegrazione (e al risarcimento del danno). Con la possibilità, dal 1990, di scambiare la reintegra con una indennità fissa di 15 mensilità, che costituisce la dichiarazione legislativa del pervertimento della tutela ripristinatoria. Un po' come nell'ordinamento portoghese, alla rigidità nel punto più alto dell'indifferenziazione italiana (reintegra in ogni caso), si aggiungeva la sua negazione mediante un ulteriore indennizzo monetario a scelta del solo lavoratore.

e) *Incalcolabilità del costo del licenziamento per incertezza (circa la durata abnorme del processo).* Nella vecchia disciplina non era possibile, nell'area forte, un calcolo preventivo del costo che l'impresa doveva sopportare in caso di licenziamento (parlo di quello economico): e ciò non tanto per l'incertezza dell'esito, ma per l'alea

¹¹² Prescindo da quanto per completezza va aggiunto, e cioè che per ottenere la selezione in esame la legge offre *a latere* pure un *discrimen* qualitativo, e cioè la natura di «organizzazione di tendenza» rivestita dal datore di lavoro. Anche nell'ambito di tale sottoarea è comunque indifferente il tipo di motivo addotto per il licenziamento.

costituita dalla imprevedibile durata del processo. Esattamente si era descritta la situazione parlando di «causa ad importo crescente»¹¹³. Il trascorrere eccessivo del tempo aveva alterato i connotati della pretesa trasformandola, per un effetto esogeno, in un iniquo investimento a carico del datore, di variabile entità.

f) *La doppia verità della reintegrazione (il perversimento del suo simbolismo)*. Con l'attribuzione al lavoratore, nel 1990, della possibilità di scegliere al suo posto una indennità, la reintegrazione è diventata la foglia di fico di una totale «monetizzazione» della perdita del lavoro¹¹⁴. Fino ad allora, la reintegrazione poteva simboleggiare un diritto del lavoratore inerente alla dignità della persona, tanto che chi lo sosteneva, auspicava di estendere l'art. 18 a tutti i lavoratori. Dopo il 1990, chi ha continuato a predicare che la reintegrazione era un diritto universale, ha affossato il referendum che di tale diritto voleva la generalizzazione¹¹⁵. I patrocinanti ad

¹¹³ Così Vallebona, 2010, 902 ss., il quale, oltre al licenziamento nella tutela reale, fa l'esempio dei rapporti a termine, magari iterati con intervalli, dei quali possa ritardarsi la conversione giudiziale *ex tunc* in rapporti a tempo indeterminato.

¹¹⁴ La regola in esame venne varata per la constatazione che la reintegrazione sollevava problemi, anche processuali, di realizzabilità-effettività, ed era quindi ineffettiva. Ma non ne va sottaciuta la importanza «ideologica» e la distorsione che ha provocato nel significato delle tutele.

¹¹⁵ L'assunto che la tutela contro ogni licenziamento debba essere imperniata sulla reintegrazione nel posto di lavoro sembra abbia consentito, nel maggio 2002, alla più importante organizzazione sindacale italiana di portare al Circo Massimo ben 3 milioni e mezzo di persone: il suo Segretario generale affermava da tempo concernere la reintegrazione un diritto inviolabile del lavoratore, che attiene alla sua libertà e dignità e quindi doveva valere per tutti. Dopo aver così dato fiato alle trombe, quella immensa folla è tornata a casa; e di lì a poco si è sentita dire che doveva astenersi dal partecipare al referendum che avrebbe realizzato il sogno sbandierato al Circo Massimo. Invero Rifondazione Comunista aveva raccolto le firme per il *referendum* (sacrosanto, nella logica detta) grazie al quale, eliminando le norme che delimitano l'ambito della cd. tutela debole, sarebbe stato stabilito in via universale il diritto alla reintegrazione e quindi sarebbe stato realizzato lo scopo fondamentale della tutela della libertà e dignità di ogni lavoratore. Come è noto, quel *referendum*, crivellato dall'astensione, fallì: tutti i partecipanti, o quasi, votarono per il sì, ma non raggiunsero il

oltranza della reintegrazione, hanno allora ripiegato sulla speciosa idea che, se anche divenuta solo *flatus vocis* e non operante in via universale, andasse conservata per la minaccia che esercitava (incalcolabilità degli esborsi che i datori ultra 15 subivano per l'incontrollabile durata del processo). Frutto della doppia verità, questo ragionamento distorto non poteva reggere all'infinito: chi di reintegrazione punisce, di reintegrazione perisce.

g) *Inesistenza di trattamenti differenziati per il licenziamento di tipo economico*. Si tratta di un corollario di quanto esposto nei punti b), c) e d) precedenti. Una delle linee principali riscontrabili nell'esperienza comparta è la progressiva considerazione a se stante del licenziamento di tipo oggettivo-economico (v. *retro*, *passim* ai §§ 2, 6, 7, 8, 9, 10 e 14): il quale si è venuto ovunque sempre più autonomizzando dall'archetipo del licenziamento soggettivo, finora dogmaticamente assorbente, diventando *altro* da questo.

Nel riscontro della comparazione, considerando tali disfunzionamenti, o anomalie, o mancanze del vecchio art. 18 St.lav., vi è da chiedersi quali e quante altre destrutturazioni e sconquassi dovrebbe apportare una norma, perché si ponga mano alla sua riforma. Il differimento è il metodo dell'impotenza politica italiana, come sappiamo da altri casi anche più eclatanti, come quello della legge elettorale (*porcellum*). Per decenni, ad evitare l'incisione sull'art. 18, si è scaricata nel dibattito giuslavoristico italiano una eccedenza di ideologia, accumulando falsi e malintesi che hanno seppellito la realtà di quanto accadeva sotto le reticenze, la malafede, il cerchiobottismo, lo scambio fra la pagliuzza e la trave; con i media che blateravano sulla questione senza conoscerne i termini; con i politici che, orecchiando a lume di naso, aggiungevano

50%. Risparmiano gli spaccati di storia politica del seguito. Al di là dei governi che cadono, delle rappresentanze parlamentari che si dissolvono e del conflitto di interessi, conta la lezione che deriva dall'abuso di *slogan*, se questi sono ingannevoli e insinceri: alla fine, per la perversione della doppia verità, coloro che vi avevano tanto creduto... sono indotti a rifiutarli in massa.

equivoci fiutando convenienze; e con le pallottole dell'esaltazione ignorante, infine, che hanno colpito gli inermi¹¹⁶.

Finalmente, la l. 28.6.2012, n. 92 ha dato alcune importanti risposte¹¹⁷, incidendo in varia misura su tutti i punti dell'elenco che ho sopra rassegnato. Nella riforma si prende ad esempio sul serio il nodo della calcolabilità del costo del licenziamento (*supra*, punto g), che nell'ultimo decennio è stato tanto nel mirino delle legislazioni francese e spagnola (*retro*, § 2), disponendo molteplici strumenti, diretti ed indiretti, per indurre l'accelerazione del processo e il decongestionamento del contenzioso in caso di licenziamenti in cui è deducibile il nuovo art. 18: dall'introduzione di uno specifico procedimento bifasico (art. 1, cc. 47-68), prima in via urgente e poi a cognizione piena, con tanto di corsia preferenziale e udienze incalzanti (ma non mi inoltrò in questioni di dettaglio)¹¹⁸; alla circoscrizione della durata del periodo retributivo a cui va commisurato il risarcimento *medio tempore* in caso di reintegrazione¹¹⁹; alla riduzione infine a 180 giorni,

¹¹⁶ Su altri, meno tragici, aspetti distorsivi di questo differimento v. qualche ulteriore osservazione critica in Pedrazzoli, 2014, § 15.

¹¹⁷ Fra gli scritti, ormai incontenibili, sulla riforma, a parte quelli in dimensione comparata di Nogler, 2012 e Perulli, 2012a (ora in Pedrazzoli, a cura di, 2014, capitoli 7 e 8), e comprendendo quelli *pro parte* nei commenti generali alla l. n. 92 del 2012 (Chieco, a cura di, 2013a; Cinelli, Ferraro, Mazzotta, a cura di, 2013) si vedano senza completezza: Del Punta, 2012b; Ichino, 2012; Maresca, 2012a; Marazza, 2012; Magrini, 2012; Perulli, 2012b; Perulli, 2013; Vallebona, 2012; Vallebona, 2013a; Speciale, 2012a; Speciale, 2012b; Speciale, 2013c; Mazzotta, 2013; De Luca, 2013a; Carinci F., 2013 (ultimo di una serie); Papaleoni, 2013; Romagnoli, 2013; Tullini, 2013. *Last but not least* in Cester, a cura di, 2013, organicamente sull'argomento riformato, compaiono scritti del curatore stesso (Cester, 2013a e 2013b), di Pasqualetto, 2013, Topo, 2013, De Cristofaro M., Gioia, 2013 (quest'ultimo costituisce in qualche misura il contrappunto di Consolo, Rizzardi 2012, apparso poco prima che la legge fosse promulgata).

¹¹⁸ Per i primi resoconti, cfr. Consolo, Rizzardi, 2012, 729 ss.; De Cristofaro M., Gioia, 2013, 377 ss., specie 392 ss.; De Angelis, 2013, 101 ss. Da ultimo, organicamente, Borghesi, De Angelis, 2013.

¹¹⁹ Articolando le conseguenze sanzionatorie del nuovo art. 18, nelle ipotesi di «insussistenza qualificata» (Vallebona, 2012) di cui al c. 4 (e, per

dall'impugnazione del licenziamento, del termine entro cui deve instaurarsi l'azione giudiziaria¹²⁰.

Non voglio però fare un resoconto della riforma intera, ma solo conta fissarne l'aspetto che riveste un valore prospettico superiore a tutti gli altri.

16. VERSO UN PREVIO INDENNIZZO TRANSATTIVO NEL LICENZIAMENTO PER RAGIONI ECONOMICHE – Nella l. n. 92 del 2012 sono per la prima volta differenziati i trattamenti che conseguono al licenziamento, a seconda del tipo di motivo ad esso sottostante e pure in base alla gravità del vizio, stabilendo regole decisamente differenti quando il motivo sia economico-oggettivo. Una prima diversificazione è stata realizzata nell'articolare le sanzioni del licenziamento illegittimo-invalido. Al di là delle ipotesi in cui l'atto è nullo, in quanto inficiato da illiceità¹²¹, universalisticamente colpite dalla reintegrazione piena (art. 18, cc. 1-3), nell'area della tutela forte ora si apprezza (non più, ottusamente, la sanzione massima in tutti i casi, ma) un gradiente di rimedi distinti, per i quali alla tutela reintegratoria semipiena (c. 4) si affianca una tutela indennitaria, piena (c. 5) e dimidiata (c. 6). Un

quanto possibile, del c. 7), alla riaffermata reintegrazione si accompagna la riduzione del risarcimento del danno a un massimo di 12 mensilità, con blocco del relativo costo se la causa si protrae.

¹²⁰ E non più invece a 270 giorni, già fissato in diminuzione – con molti dissensi – dal cd. collegato lavoro nel 2010. L'obiezione che il termine ridotto attenterebbe all'oculato esercizio del diritto di difesa, specie a scapito della parte debole (sia consentito il rinvio a Pedrazzoli, 2011a, XXXVIII ss.) pare un po' delicata, se si considera che in paesi similari (tali sono ad esempio Germania, Danimarca e Olanda) la decisione giudiziale arriva anche a soli 40 giorni dal licenziamento, proprio per il feroce termine di decadenza dall'impugnazione. Tale termine (unico, non raddoppiato in concatenazione) è infatti in Spagna di 20 giorni e in Germania di 21 giorni. In Gran Bretagna vige la regola dei «tre mesi meno un giorno» (*three months less a day*). In Portogallo, a parte i 5 giorni entro cui deve partire l'azione in sede cautelare, il termine è di 60 giorni, esteso a 6 mesi se si tratta di licenziamento collettivo. Un po' fuori dal coro la Francia: per il licenziamento personale era ammesso attendere ben cinque anni (fino a quando, con una legge del maggio 2013, il termine è stato ridotto a due anni); mentre per il licenziamento economico il termine è stabilito in 12 mesi.

¹²¹ Secondo la condivisibile specificazione di Tullini, 2013, 153 ss.

gradiente giusta quattro varianti – chiamato argutamente «tariffario»¹²² – che è modulato espressamente a seconda del tipo di motivo sottostante e della gravità del vizio che affligge il licenziamento.

Inquadrando questo passaggio nella contrapposizione fra sistemi monistici e dualistici (di cui *retro*, §§ 12 e 13), si può dire che la riforma Fornero ha del tutto rimescolato le carte: al doppio sistema monistico che avevamo prima (nell'area di tutela forte vigeva come rimedio la sola reintegrazione, nell'area di tutela debole vigeva solo l'indennizzo), succede – soltanto nell'area forte – un peculiare sistema dualistico. Peculiare in quanto il riparto fra reintegrazione e indennizzo non è semplice e netto (relativamente), come negli ordinamenti francese e spagnolo, ma assai frastagliato e incerto, per distinzioni problematiche¹²³. Inoltre, in tutti i casi di reintegrazione resta al lavoratore la possibilità di scambiarla con l'indennizzo di quindici mensilità; per cui nella relativa sottoarea (dell'area forte), che ricomprende casi di reintegrazione e casi di indennizzo, il riparto delle due sanzioni risulta ancora più sconnesso (o, per così dire, a geometria variabile). Infine, il «tariffario» delle tutele rifatto dall'art. 18, rende più indecifrabile e volubile l'oggetto dell'azione di impugnazione del licenziamento (riprendendo il complesso discorso impostato *retro*, § 11), tra l'altro perché il frastagliamento comprende ora pure due caselle di tutela solo indennitaria, per le quali diventa oggetto dell'azione la dichiarazione di risoluzione (o meno) del rapporto di lavoro (per i cc. 5 e 7, nonché 6, la risoluzione deve infatti essere dichiarata in sentenza)¹²⁴.

¹²² V. Consolo, Rizzardi, 2012, 730.

¹²³ Così, la «manifesta insussistenza del fatto posto a base» del motivo oggettivo (c. 7) sta di contro alla semplice «insussistenza del fatto contestato» in via disciplinare (c. 4): distinzioni sottili che pur selezionano l'alternativa di tutela ripristinatoria e indennitaria. Su questo aspetto cfr. Maresca, 2012a, 442 ss., nonché Vallebona, 2012, 621 ss., che usa l'espressione «ingiustificatezza qualificata» (v. anche il *Colloquio* n. 1 del 2012, a cura dello stesso, in *MGL e GL*). Cfr. ora Del Punta, 2014, *sub* § 4.

¹²⁴ Pure nel nuovo assetto, tuttavia, quando viene in gioco l'insussistenza «qualificata» del fatto contestato (art. 18, c. 4), o l'insussistenza

Se anche emergeranno incertezze nell'applicazione¹²⁵, per il carattere aggrovigliato di alcune formulazioni e per svariate dissonanze, tuttavia il dado è tratto: la disciplina italiana di tutela contro il licenziamento (nelle unità sopra i 15 addetti) costituisce un sistema in cui si è ormai cominciato a parlare un linguaggio comune (agli altri sistemi), perché i rimedi sono nel fondo differenziati a seconda del tipo di motivo sottostante al licenziamento e in base alla gravità del vizio.

In questo quadro di differenziazione è oltremodo significativo un altro dato. Il licenziamento per ragioni oggettive (nell'area della sola tutela forte) è obbligatoriamente assistito, dopo la l. n. 92 del 2012, da una apposita procedura conciliativa. Recita l'art. 1, c. 40, riformulando l'art. 7 della l. 604, che «il licenziamento per giustificato motivo di cui all'art. 3»¹²⁶ «deve essere preceduto da una comunicazione» alla Direzione territoriale del lavoro, nella quale «il datore di lavoro deve dichiarare l'intenzione di procedere al licenziamento per motivo oggettivo e indicare i motivi del licenziamento medesimo nonché le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore interessato» (art. 7, c. 1). Su tale comunicazione si innesta un

«manifesta» del fatto che costituisce il giustificato motivo oggettivo (art. 18, c. 7), il giudice deve («può») considerare «annullabile» l'atto: onde si riproducono le condizioni per cui esso, per eliminarne la interinale efficacia estintiva, deve essere aggredito da un'azione costitutivo-demolitoria, con le disarmonie e tortuosità in precedenza mostrate (in tal senso Consolo, Rizzardi, 2012, 731 ss.). A tale ragionamento si oppone l'avviso secondo cui la riarticolazione del sistema sanzionatorio ha ridotto la reintegrazione a provvedimento secondario, se non residuale: per cui se ne deduce che nel mutato scenario la questione non può più avere il rilievo di prima (così De Cristofaro M., Gioia, 2013, 411 ss.).

¹²⁵ Per una rassegna delle numerose questioni poste dalla formulazione a volte criptica dei nuovi commi dell'art. 18, cfr. variamente gli autori citt. alla nt. 117 e in particolare, con ragionevoli ricostruzioni dei più difficoltosi andamenti, Maresca, 2012a, 428 ss.; Tullini, 2013, 153 ss., 164 ss.; Cester, 2013b, 59 ss.

¹²⁶ Con dubbi sollevati sul se e cosa, precisamente, con tale richiamo si debba ricomprendere (ad es.: pure il ripescaggio? Cfr. Tullini, 2013, 150 e 167 ss.).

complesso tentativo di conciliazione, in cui le parti «procedono ad esaminare anche soluzioni alternative al recesso»¹²⁷.

Più che il dettaglio, di questo meccanismo interessa valorizzare la proiezione, avendo in mente per assonanza il *firing cost*, ma specialmente l'istituto della indennità previa con il quale si interseca e può integrarsi (su entrambi v. *retro*, § 14). In molti paesi – s'è visto – al lavoratore individualmente licenziato senza colpa per ragioni economiche viene per legge attribuita una indennità di misura prefissata; la quale, oltre a lenire il suo disagio reddituale, funge da deterrente del contenzioso.

Orbene, nel quadro del tentativo di conciliazione ora introdotto, è nell'ordine delle cose che al lavoratore venga proposto di chiudere il contenzioso riconoscendogli un indennizzo. Se il lavoratore lo accetta liberamente, la conciliazione preclude l'azione giurisdizionale senza che il principio dell'art. 24, c. 1, Cost. patisca alcun *vulnus*. In conclusione, manca ben poco a chiudere il cerchio pure da noi, dotandoci dello strumento che in molti altri ordinamenti assiste da decenni il licenziamento economico: quel previo indennizzo che, oltre a deflazionare la litigiosità e ad accrescere certezza e precalcolabilità del costo del licenziamento, riconoscerebbe un equo ristoro monetario al lavoratore pregiudicato senza colpa dall'esercizio della libertà d'impresa¹²⁸.

17. SUL BILANCIAMENTO DEI BENI COSTITUZIONALI SOTTESI ALL'UNO E ALL'ALTRO TIPO DI LICENZIAMENTO – La intensa differenziazione, di cui

¹²⁷ Per il che non è agevole comprendere cosa succede nel caso il tentativo fallisca, giacché il licenziamento retroagisce al momento della comunicazione del suo intento (mediante una lettera che al lavoratore è inviata solo «per conoscenza»).

¹²⁸ Ho formulato qualcosa di simile nel corso della discussione che ha alimentato la riforma poi sfociata nella l. n. 92. Nella mia proposta (Pedrazzoli, 2012), l'indennizzo previo «è stabilito nella misura di cinque mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto»; se l'anzianità aziendale del lavoratore è superiore a cinque anni, la misura cresce di una mensilità ogni due anni, fino ad un massimo di 13 mensilità. Crede comunque *ipso facto* già esportabile da noi la *redundancy* inglese, De Gioia-Carabellese, 2012, 1085 ss.

abbiamo passato in rassegna i principali elementi, che la riforma Fornero ha fatto conseguire al tipo di motivo sottostante al licenziamento, rende finalmente giustizia ad una circostanza pacifica. Nel mondo industriale e poi in quello postindustriale, del terziario, dei servizi delle ITC e dell'economia globalizzata, i licenziamenti che avvengono sono quasi totalmente disposti per ragioni economiche, organizzative, aziendali, produttive¹²⁹. «Detronizzato» il licenziamento per ragioni soggettive (discriminatorie, vietate o disciplinari), che era il modello di riferimento fallace a cui si è stati proni per decenni, sorge l'esigenza ricostruttiva, tanto più grande quanto più a lungo trascurata, di individuare la natura o l'essenza dei due mondi che si accreditano sotto l'etichetta «licenziamento».

Nella sterminata letteratura in materia non vi è cura a far criticamente emergere che il motivo oggettivo e soggettivo *determinano due istituti con un'essenza diversa*. Il dato che in ogni caso ne consegue l'estinzione del rapporto, per un difetto o anomalia funzionale della causa, rifluisce sull'assunto che il relativo atto abbia quindi la stessa natura. Sotto questo aspetto il giustificato motivo è unitario, le sue due *species* realizzano una eguale funzione e per entrambe va quindi stabilito l'eguale trattamento. Con un'aggravante distorsiva per la quale la insensibilità alla differenziazione comporta la sudditanza psicologico-ricostruttiva al tipo egemone, ancorché minoritario (come mostra la diatriba sull'art. 18).

Il licenziamento di tipo oggettivo ha quindi finito per restare avviluppato, incluso e confuso nelle proiezioni del licenziamento di tipo soggettivo. Nonostante il loro fuorviante appiattimento (originato

¹²⁹ Se avessimo a disposizione almeno le statistiche più semplici e facili, potremo offrire un'evidenza empirica. In assenza, azzardo che attualmente i licenziamenti (asseriti o dichiarati) per ragioni economico-oggettive sono ben superiori al 95%. Che nei repertori di giurisprudenza risultino altrettanto numerosi i casi di licenziamento per motivi soggettivi è solo una apparenza distorta, dovuta alla controvertibilità e singolarità maggiori che posseggono e li rendono più attrattivi per la pubblicazione, anche se molto più radi.

dalla formulazione unitaria dell'art. 3 della l. 604 del 1966) occorre invece enfatizzare il rilievo autonomo alle due figure di giustificazione¹³⁰: per un verso bisogna superare l'approccio, troppo influenzato dal modo pandettistico, per cui la coerenza dogmatica, l'organico sistema concettuale, hanno valore creativo della norma¹³¹; per un altro verso bisogna ripartire dal dato che i due tipi di recesso sono modulati sui retrostanti schemi della risoluzione per inadempimento e, rispettivamente, della risoluzione per impossibilità sopravvenuta¹³², a questa seconda potendosi anche aggiungere le assonanze che fornisce la eccessiva onerosità.

Sui termini di queste correlazioni – invero complesse, per i fondamentali istituti del diritto contrattuale coinvolti dal riferimento¹³³ – rimarco almeno, rinviando ad altra occasione gli approfondimenti che impone, che solo in caso di «licenziamento per inadempimento» (l'area di rottura colpevole del contratto puntualizzata *retro*, § 10), può essere richiamato l'art. 1453 c.c., e quindi è possibile chiedere l'adempimento, prima della risoluzione: priorità che fonda, in ultima analisi, la previsione della tutela reintegratoria. Mentre questa appare quindi di massima coestesa al motivo soggettivo di licenziamento, per il motivo oggettivo – a stregua degli artt. 1218, 1256 e 1463 c.c., che definiscono i presupposti e gli effetti della

¹³⁰ Valga quanto già richiamato rispetto alla precisione della terminologia spagnola (all'inizio del § 5). Nell'elenco delle situazioni che, per lo *Estatuto de los trabajadores*, determinano l'«*extinción del contrato*» (art. 49 *ET*), si distinguono le «*causas objetivas legalmente procedentes*» (lett. *l*) dal «*despido del trabajador*» (lett. *k*). In consonanza, la rubrica dell'art. 52 recita «*Extinción del contrato por causas objetivas*»; mentre la rubrica dell'art. 54 parla di «*despido disciplinario*» (art. 54)

¹³¹ Fra le innumerevoli esplicazione del metodo pandettistico, e la sua pretesa costruttiva del diritto, cfr. Wilhelm, 1974, 79 ss., specie con riguardo alla produttività giuridica del «sistema» in G.F. Puchta; nonché Larenz, 1966, cap. 1, specie sull'importanza di Bernhard Windscheid.

¹³² Per l'utilizzo come antecedenti di queste forme v. Napoli, 1980, 153 ss., 349 ss. e, più in generale, l'ultimo capitolo *passim*.

¹³³ Ripartendo dagli scritti di Giuseppe Osti, giovanili (Osti, 1912, 1913 e 1918), e successivi (Osti, 1954 e 1962), occorre al proposito ripercorrere una notevole serie di opere ormai classiche, fra le quali, ad esempio, Cottino, 1955; Mancini, 1957; Bessone, 1975.

risoluzione per impossibilità sopravvenuta – risulta invocabile la sola tutela risarcitoria (indennitaria).

La plausibilità di una radicale differenziazione dei due licenziamenti quali istituti distinti va argomentata pure con riguardo ai beni costituzionali che in essi vengono in gioco e al loro bilanciamento¹³⁴. Parto dall'assunto-principio per cui, quando poggia su ragioni soggettive, disciplinari o discriminatorie, o su divieti espressi, il licenziamento può comportare la prevalenza esclusiva del valore persona e soltanto in tali casi si afferma l'esigenza della sua tutela inviolabile. Proprio perché tale bene non è equiordinabile a altri, è giustificata la reintegrazione (senza ideologia)¹³⁵.

Nei licenziamenti, assolutamente maggioritari, dovuti invece a ragioni di tipo obiettivo-economico (ovviamente quelli che siano tali, e non quelli che si rivelino nascondere il motivo soggettivo), siamo di fronte a beni di rango costituzionale fra loro in rapporto di regola/eccezione, ovvero di diritto e suo limite. In tal caso vengono in gioco interessi e valori che possono confliggere (*in primis*, quelli collegati al «diritto al lavoro» e al diritto di «iniziativa economica

¹³⁴ Sulla tecnica del bilanciamento dei valori costituzionali si veda in generale Morrone, 2008, 185 ss. Per una prima, acuta indagine dei licenziamenti in tale prospettiva, d'obbligo il rinvio a Nogler, 2007, 116 ss.

¹³⁵ Potremmo anche ammettere, in termini costituzionali italiani, che in ogni licenziamento viene in sostanza in rilievo l'art. 41, cc. 1 e 2. Ma ciò abbisogna di un raffinamento analitico, perché nei licenziamenti, a ben vedere, viene in discorso un conflitto-collisione fra l'art. 2 e l'art. 41, c. 1, ovvero un conflitto-bilanciamento fra gli artt. 4 e art. 41, cc. 1 e 2. Nel primo caso (quando il motivo è soggettivo, correlato a contegni colpevoli di inadempimento, inosservanza o negligenza del lavoratore, o ancor più discriminatorio), in quanto siano lesi la dignità della persona e lo sviluppo della personalità, non viene neppure in gioco il diritto di iniziativa economica, ma solo l'art. 2 Cost., relativo ad un bene-diritto inalienabile. Il c. 2 dell'art. 41, limitando un diritto sociale, per quanto fondamentale, può avere invece rilievo solo in quanto serva ad un bilanciamento fra beni-diritti di pari rango.

privata»¹³⁶), i quali, osservando gerarchie e/o stabilendo equivalenze, ammettono il loro bilanciamento.

A me pare che, nel caso di licenziamento per motivi di tipo oggettivo-economico, gli interessi tutelati negli artt. 4 e 41, cc. 1 e 2, Cost. si bilancino in guise per cui, all'esercizio pur legittimo della libertà di impresa, accede l'obbligo di proporre al lavoratore che perde il posto un ristoro o indennizzo. In una costituzione basata sull'economia (sociale) di mercato, il licenziamento adottato per un motivo economico realmente tale non potrà mai costituire svolgimento della libertà di iniziativa «in contrasto con l'utilità sociale», o «in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana». Nondimeno, l'impresa non è svincolata da ogni obbligo; e anche senza concepirla quale *Unternehmen an sich*, permane, o residua, a suo carico un vincolo di responsabilità che ora provo a motivare.

Innovarsi tecnologicamente, mutare l'organizzazione produttiva, investire per razionalizzare produzione e distribuzione ecc., comportano costi che nella competizione economica l'imprenditore sceglie di sostenere per reggere a difficoltà, realizzare nuovi prodotti o promuovere crescita. Orbene, la misura riorganizzativa della soppressione di uno o più posti di lavoro, in cosa è diversa dalla decisione dell'imprenditore di sostituire macchine obsolete? Si tratta *lato sensu* di incidere su contesti paragonabile e per scopi consimili, che nel primo caso attengono però ad una situazione qualificata da una specificazione essenziale: il lavoro non è una merce, perché il lavoratore è persona. Ne viene che quando la decisione determina pur lecitamente la perdita del posto di lavoro, l'imprenditore deve

¹³⁶ Che «è libera» (art. 41, c. 1, Cost.), per cui l'imprenditore è autorizzato a decidere l'*an* e il *quantum* della sua azienda, anche con riguardo all'utilizzo del personale, purché nello scegliere tali dimensioni l'iniziativa non si svolga «in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (art. 41, c. 2). Inoltre, nei limiti dell'art. 4, Cost., assume rilievo il diritto al lavoro, integrando questa posizione, appartenente ai «principi fondamentali» della carta, quantomeno un limite endocostituzionale di rispetto, circa il modo di esercizio dell'iniziativa economica.

farsi carico, in una qualche misura, delle conseguenze sociali che colpiscono il lavoratore¹³⁷.

In tal modo potrebbe realizzarsi la sintesi auspicata fra la dimensione di *welfare* e la risposta non sanzionatoria richiesta dal licenziamento (lecito) per ragioni obiettive (*retro* §§ 2, 10 e 14). Invero, il diritto di iniziativa economica non può essere inteso come diritto inviolabile¹³⁸, ma come diritto sociale fondamentale, il cui contenuto varia storicamente in ragione della costituzione economica materiale. Si apre allora la possibilità di sviluppare un apprezzamento di norme ad alta valenza ermeneutica (artt. 2, 4, 35, c. 1, 41, c. 2, Cost.): norme mai abbastanza scandagliate e comunque da interrogare alla luce delle precomprensioni imposte dai disastri sociali nell'epoca della finanziarizzazione e del liberismo oltranzisti. In conclusione, avendo la caratteristica di essere un rischio pregiudizievole *tout court*, al licenziamento per motivi economico-oggettivi il lavoratore è esposto anche in conseguenza del lecito esercizio del diritto di iniziativa economica. Essenzialmente questo lo rende un istituto distinto; e la distinzione è segnata – questo sembra indicare il riscontro comparato – dai beni costituzionali che vengono rispettivamente in gioco nei due casi, e dalle gerarchie ed equordinazioni che si verificano quando si procede al loro bilanciamento.

¹³⁷ Si vuol dire che l'esercizio del diritto costituzionale di libertà economica mediante lecito licenziamento per ragioni obiettive, determinando comunque a danno del lavoratore la perdita del suo massimo bene (pure di rango costituzionale: art. 4, Cost.), richiede che il datore recedente risponda al ragionevole affidamento nutrito da questo sulla per duranza del reddito procacciato dal lavoro. Si tratta di un costo (parallelo a quelli per investimenti nell'innovazione), che l'imprenditore non sceglie di sopportare, ma che gli viene imposto in ragione dell'assetto costituzionale ricevuto dall'impresa (v. già quanto esposto in Pedrazzoli, 2011c).

¹³⁸ Quale espressione della personalità, come a lungo si è ragionato. Sull'inquadramento di tale diritto cfr. Badassarre, 1971, specie § 6.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Ales E. (2012). Modello tedesco: di cosa stiamo parlando?. *RS*, n. 11, p. 3 ss.

Alleva P. (2006). Presente e futuro dei licenziamenti per ragioni economico-produttive. *RGL*, I, p. 65 ss.

Baldassarre A. (1971). Iniziativa economica privata (voce). In: *Enc. dir.* Vol. XXI, p. 582 ss.

Berto F. (2008). *Tutti pazzi per Gödel. La guida completa al teorema dell'incompletezza*. Roma-Bari: Laterza.

Bessone M. (1975). *Adempimento e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè.

Blanchard O., Tyrole J. (2004). Profili di riforma dei regimi di protezione del lavoro. *RIDL*, I, p. 161 ss.

Bobbio N. (1977). La grande dicotomia (1974). In: Id., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Comunità, p. 145 ss.

Borghesi D., De Angelis L. (2013). *Il processo del lavoro e della previdenza*. Torino: Utet.

Cahuc P., Kramarz F. (2004). *De la précarité à la mobilité. Rapport*. Paris: La documentation française.

Carinci F. (2013). Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori. *DRI*, p. 287 ss.

Carinci M.T. (2005). *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*. Padova: Cedam.

Carinci M.T. (2012). Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e *flexicurity* "all'italiana". *DLRI*, p. 527 ss.

Centamore G. (2014). I licenziamenti in Francia. In: Pedrazzoli M., a cura di, *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*. Milano: Franco Angeli.

Cester C. (2013a). La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative. In: Id., a cura di, *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*. Padova: Cedam, p. 1 ss.

Cester C. (2013b). I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria. In: Id., a cura di, *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*. Padova: Cedam, p. 59 ss.

Cester C., a cura di (2013). *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*. Padova: Cedam.

Chieco P., a cura di (2013). *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*. Bari: Cacucci.

Cinelli M. (2013). *Diritto della previdenza sociale*. XI ed. Torino: Giappichelli.

Consolo C. (1991). Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II. Oggetto del giudizio e impugnazione del licenziamento. *RTDPC*, p. 569 ss.

Consolo C., Rizzardi D. (2012). Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali. *CG*, p. 729 ss.

Cottino G. (1955). *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*. Milano: Giuffrè.

De Angelis L. (2013). Il processo dei licenziamenti fra principi generali e nuovo diritto: l'obbligatorietà e l'errore del rito ed il cumulo delle domande. *FI*, V, c. 101 ss.

De Crisotofaro Marco, Gioia G. (2013). Il nuovo rito dei licenziamenti. In: Cester C., a cura di, *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*. Padova: Cedam.

De Gioia-Carabellese P. (2012). Analisi del quadro normativo del licenziamento economico (*economic dismissal*) nel Regno Unito. Un possibile modello di riferimento per l'Italia. *DRI*, p. 1085 ss.

Del Punta R. (2012). Epistemologia breve del diritto del lavoro. In: Nogler L., Corazza L., a cura di, *Risistemare il diritto del lavoro*, Liber Amicorum Marcello Pedrazzoli. Milano: Franco Angeli.

Del Punta R. (2013). Licenziamenti individuali. In: Aa.Vv., *Libro dell'anno del diritto*. Roma: Treccani, p. 335 ss.

Del Punta R. (2014). La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18. In: Pedrazzoli M., a cura di, *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*. Milano: Franco Angeli.

EURISPES – Istituto di studi politici economici e sociali (2006). *Le politiche sociali in Italia, il confronto con gli altri stati Europei*. Roma.

Garofalo M.G., Chieco P. (2001). Licenziamenti collettivi e diritto europeo. *DLRI*, p. 67 ss.

Gagnoli E. (2006). *La riduzione del personale. Fra licenziamenti individuali e collettivi*. Padova: Cedam.

Grivet-Fetà S. (2014). I licenziamenti in Germania. In: Pedrazzoli M., a cura di, *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*. Milano: Franco Angeli.

Ichino P. (1996). *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiore*. Milano: Mondadori.

Ichino P. (2002). Sulla nozione di giustificato motivo di licenziamento. *RIDL*, I, p. 473 ss.

Ichino P. (2003). *Il contratto di lavoro*. Vol. III. Milano: Giuffrè.

Kahn Freund O. (1974). On Uses and Misuses of Comparative Law. *M.L.R.*, vol. 37, p. 1 ss. (*Sull'uso ed abuso del diritto comparato*, trad. it. di B. Veneziani, *RTDPC*, 1975, p. 785 ss.).

Leal Amado J. (2010). *Direito do trabalho*. Coimbra.

Legrand P. (2006). European Legal Systems are not converging. *ICLQ*, p. 1 ss.

Mancini G.F. (1957). *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*. Milano: Giuffrè.

Marazza M. (2012). L'art. 18, nuovo testo, dello statuto dei lavoratori. *ADL*, p. 612 ss.

Maresca A. (2012). Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18, Statuto dei lavoratori. *RIDL*, I, p. 415 ss.

Martelloni F. (2014). I licenziamenti in Portogallo. In: Pedrazzoli M., a cura di, *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*. Milano: Franco Angeli.

Mazzotta O. (2012). I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori. *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 159/2013. Testo disponibile al sito: http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20121113-101932_mazzotta_n159-2012itpdf.pdf (consultato il 17.1.2014).

Monteiro Fernandez A. (2012). *Lezioni di diritto portoghese del lavoro fra sicurezza e flessibilità*. Trento: Università degli Studi.

Morrone A (2008). *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*. In: *Enc. dir.*, Annali II, Tomo II, p. 185 ss.

Napoli M. (1980). *La stabilità reale del rapporto di lavoro*. Milano: Franco Angeli.

Nogler L. (2007). La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento fra i «principi» costituzionali. *DLRI*, p. 593 ss.

Nogler L. (2010). Prime considerazioni sulla disciplina legislativa delle «clausole generali» in materia di diritto del lavoro. In: Aa.Vv., *Studi in onore di Tiziano Treu*. Vol. II. Milano: Giuffrè.

Nogler L. (2012). La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato. *DLRI*, p. 661 ss.

Nogler L., Corazza L., a cura di (2012). *Risistemare il diritto del lavoro*, Liber Amicorum Marcello Pedrazzoli. Milano: Franco Angeli.

Nuzzo V. (2012). *La norma oltre la legge. Causali e forme del licenziamento nell'interpretazione del giudice*. Napoli: Satura Editrice.

Orlandini G. (2012). La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'Unione europea. *DLRI*, p. 619 ss.

Pederzoli C. (2014). I licenziamenti in Spagna. In: Pedrazzoli M., a cura di, *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*. Milano: Franco Angeli.

Pedrazzoli M. (2004). Introduzione. In: Id., a cura di, *I danni alla persona del lavoratore nella giurisprudenza*. Padova: Cedam.

Pedrazzoli M. (2007). Appunti preliminari sul danno alla persona nel mercato del lavoro. In: Montuschi L., a cura di, *Un diritto in evoluzione*. Studi in onore di Yasuo Suwa. Milano: Giuffrè.

Pedrazzoli M., a cura di (2011). *Licenziamenti e sanzioni nei rapporti di lavoro*. Padova: Cedam.

Pedrazzoli M. (2011a). Licenziamenti, soggettivi e oggettivi, e sanzioni: una introduzione con le novità del «collegato lavoro». In: Id., a cura di, *Licenziamenti e sanzioni nei rapporti di lavoro*. Padova: Cedam.

Pedrazzoli M. (2011b). Sul licenziamento per scarso rendimento e per il sopravvenire di incompatibilità personali. In: Id., a cura di, *Licenziamenti e sanzioni nei rapporti di lavoro*. Padova: Cedam.

Pedrazzoli M. (2012). Misure di razionalizzazione del mercato del lavoro. Testo disponibile al sito: http://www.nelmerito.com/index.php?option=com_content&task=view&id=1612&Itemid=135, 17 febbraio 2012 (consultato il 14.1.2014).

Pedrazzoli M., a cura di (2014). *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*. Milano: Franco Angeli.

Pedrazzoli M. (2014). Licenziamenti in comparazione. La «flessibilità in uscita» nei paesi europei e la recente riforma italiana. In: Id., a cura di, *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*. Milano: Franco Angeli.

Perulli A. (2012). *Efficient breach*, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna. *RGL*, I, p. 561 ss.

Perulli A. (2014). Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna. In: Pedrazzoli M., a cura di, *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*. Milano: Franco Angeli.

Ratti L. (2014). I licenziamenti in Gran Bretagna. In: Pedrazzoli M., a cura di, *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*. Milano: Franco Angeli.

Runggaldier U. (2004). *Individualarbeitsrecht*. Wien: Institut für Arbeitsrecht (dispense), II.

Saffioti M.T. (1999). *Le clausole generali di buona fede e correttezza e la posizione di lavoratore subordinato*. Torino: Giappichelli.

Spagnuolo Vigorita L. (1961). *Studi sul diritto tedesco del lavoro. Consiglio aziendale. Licenziamento. Collaborazione*. Milano: Giuffrè.

Speziale V. (2012a). La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia. *RIDL*, I, p. 521 ss.

Speziale V. (2012b). Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. *WP CSDLE "Massimo d'Antona".IT* – 165/2012 (testo disponibile al sito: http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20121129-034808_speziale_n165-2012itpdf.pdf, consultato il 14.1.2014), nonché in: Chieco P., a cura di (2013). *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*. Bari: Cacucci, p. 305 ss.

Tullini P. (2013). Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo. *RIDL*, I, p. 147 ss.

Vallebona A. (2010). Il collegato lavoro: un bilancio tecnico. *MGL*, p. 900 e ss.

Vallebona A. (2012). L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori. *DRI*, p. 621 ss.

Wilthagen T., Tros F. (2004). The concept of flexicurity: a new approach regulating employment and labour markets. *Transfer*, Vol. 10, n. 2, p. 166 ss.

Wittgenstein L. (1945). *Ricerche filosofiche*. Torino: Einaudi.

Zoli C. (2008). Licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale. *ADL*, p. 31 ss.

La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza* The individual dismissals reform: a critical approach

Valerio Speziale^o

RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO (RGL)

*Volume 2014, issue 2, pp. 345-388 (parte I) and
volume 2014, issue 3, pp. 447-480 (parte II).*

1 RIFORMA DEI LICENZIAMENTI, «TIRANNIA DEI VALORI ECONOMICI» E CRISI DELLO STATUTO EPISTEMOLOGICO DEL DIRITTO DEL LAVORO

La riforma dei licenziamenti individuali intende incrementare la «flessibilità in uscita» e si pone precisi obiettivi economici. Essi sono stati individuati nella volontà di «incrementare l'occupazione»¹,

* Il testo è la rielaborazione, con l'aggiunta delle note, della relazione tenuta a Roma il 3 maggio 2013 nel convegno organizzato dalla Accademia dei Lincei dal titolo «La riforma del diritto del lavoro». La Parte I (1-6) dello studio è stata pubblicata in *q. Riv.*, 2014, I, p. 345. La Parte II (7-11) dello studio verrà pubblicata sul prossimo fascicolo di *q. Riv.*

^o Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università «G. D'Annunzio» di Chieti-Pescara.

¹ M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, Padova, 2012, p. 445.

ridurre il dualismo nel mercato del lavoro tra insiders e outsiders², attrarre gli investimenti esteri³, migliorare la «qualità» dei contratti di lavoro (evitando, con la riduzione della rigidità nella disciplina in materia, la fuga dal lavoro standard e l'incremento dei contratti precari)⁴, adeguare il sistema italiano ai modelli di flexicurity europei⁵. Questi obiettivi sono stati in verità enunciati anche dal premier Monti⁶ e occorre verificare se, in base alle riflessioni teoriche e ai dati empirici a nostra disposizione, tali finalità possono essere effettivamente raggiunte. Il Governo ha inteso rispondere alle pressanti sollecitazioni della Banca centrale europea (Bce), espresse nella famosa lettera inviata nell'estate 2011, con la quale si chiedeva «una profonda revisione della disciplina relativa alle assunzioni e ai licenziamenti»⁷. La comunicazione esprime una

² P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, relazione al convegno nazionale del Centro studi «Domenico Napoletano» tenutosi a Pescara l'11 e 12 maggio 2012, dal titolo «Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro», in <http://www.pietroichino.it>, 2012, p. 3; M.L. Galantino, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, p. 231.

³ P. Ichino, *op. ult. cit.*, p. 5.

⁴ A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 416-417.

⁵ T. Treu, *Riequilibrio delle tutele e flexicurity*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 23; Id., *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in www.csdle.it, n. 155, 2012, p. 15; G. Pellacani, *Gli obiettivi della riforma e le caratteristiche generali dell'impianto normativo*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 3.

⁶ V. Speciale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 322; G. Pellacani, *op. ult. cit.*, pp. 3-4, e p. 8.

⁷ Cfr. V. Speciale, *op. ult. cit.*, p. 523; M. Ferraresi, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 256; F. Carinci, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del*

opinione che la Bce sostiene da tempo e che è stata fatta propria da grandi istituzioni economiche (Ocse, Fondo monetario internazionale, Banca d'Italia, Commissione europea)⁸.

Prima di analizzare questi aspetti, mi sembra peraltro evidente che le ragioni addotte a giustificazione della riforma siano tutte di carattere economico. Da questo punto di vista, profili più specificatamente propri del diritto del lavoro, come, ad esempio, la tutela del lavoratore dinanzi all'esercizio di un potere unilaterale che incide su aspetti personali molto importanti, sono completamente trascurati. Questa situazione, a prima vista del tutto anomala se si considera che la disciplina in materia di licenziamenti è principalmente finalizzata a tutelare il lavoratore, non deve stupire. Si tratta, infatti, della ennesima riprova della completa subordinazione del diritto del lavoro alle (presunte) esigenze dell'economia.

A ben guardare, le descritte finalità perseguite dalla riforma rispecchiano l'approccio tipico della analisi economica del diritto. La disciplina del licenziamento individuale è valutata nell'ottica della sua efficienza in relazione a specifici obiettivi economici e in base all'analisi costi-benefici. Una tendenza, quest'ultima, che è ormai

mercato del lavoro, in *Lav. giur.*, 2012, n. 6, p. 531; G. Orlandini, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 653; M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity «all'italiana» a confronto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 542-543. Sul contenuto di questa lettera e sul contesto politico-sociale in cui è nata vd. A. Perulli, V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148, e la «Rivoluzione di agosto» del diritto del lavoro*, in www.csdle.it, 2011, pp. 7 ss.; V. Speciale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, p. 523.

⁸ Per le indicazioni su queste tesi e sugli atti ufficiali in cui esse sono espresse vd. V. Speciale, *op. ult. cit.*, pp. 525 ss.; P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, relazione al convegno nazionale del Centro studi «Domenico Napoletano» tenutosi a Pescara l'11 e 12 maggio 2012, dal titolo «Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro», in <http://www.pietroichino.it>, 2012, p. 5; G. Orlandini, *op. ult. cit.*, p. 651, nota 18; M.T. Carinci, *op. ult. cit.*, pp. 536 ss.

estensibile all'intero diritto del lavoro, letto esclusivamente in una «visione puramente deterministica e quantitativa del mondo»⁹, e dove la regolazione giuridica viene assimilata «a un sistema mercantile governato da prezzi (ossia da norme ridotte a prezzi)»¹⁰ (10).

La dimensione economica del lavoro è indiscutibile. Il lavoratore, a livello aziendale, costituisce un fattore della produzione dotato di uno specifico livello di produttività e di costo e la cui organizzazione contribuisce alla realizzazione del bene o servizio prodotto dall'impresa. In un contesto «macro» le retribuzioni dei lavoratori, determinate direttamente o indirettamente dai contratti collettivi, condizionano la domanda di beni di consumo a livello territoriale e nazionale, con tutte le annesse conseguenze in termini di offerta di prodotti, influenza sulla determinazione dei prezzi e sul tasso di inflazione. Il costo del lavoro, nella sua dinamica complessiva, è in grado di interagire sui livelli occupazionali. La Labour Economics, secondo i principi dell'analisi economica del diritto, ritiene che in generale la regolazione giuridica del lavoro produce effetti economici specifici, anche se molto discutibili (e variamente discussi) sono i criteri di misurazione quantitativa utilizzati. Lo stesso sviluppo e la fruizione dei diritti connessi ai rapporti individuali e collettivi di lavoro risentono del più generale contesto economico e politico sociale nel quale sono inseriti. Mi sembra, ad esempio, che la golden age del diritto del lavoro (gli anni della crescita costante dei diritti) sia il frutto di tre variabili fondamentali: a) economie di carattere nazionale; b) politiche economiche keynesiane; c) mercati concorrenziali più limitati. Mentre le grandi trasformazioni successive (globalizzazione dei mercati, competizione tra aree economiche continentali, liberalizzazione degli scambi e fine

⁹ A. Perulli, *I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità*, in *Dir. lav. mer.*, 2011, p. 403.

¹⁰ A. Perulli, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *q. Riv.*, 2012, I, p. 586.

dell'intervento dello Stato nella regolazione dell'economia) hanno sollecitato profonde revisioni della materia¹¹.

Gli esempi potrebbero continuare. Tuttavia, come è a tutti noto, il diritto del lavoro si sviluppa anche per sottrarre il lavoratore alla sua dimensione puramente economica. Non si tratta soltanto di riequilibrare le distorsioni che il sistema economico produce sui livelli di reddito e di partecipazione al mondo del lavoro, ma di affermare «valori non economici, come l'equità, l'uguaglianza, la solidarietà, la salute e la sicurezza, la dignità o – perché no – la libertà nelle sue varie manifestazioni...»¹². Queste finalità sono alla base dell'imponente sviluppo di diritti fondamentali del lavoratore contenuti nella nostra Costituzione, nei trattati dell'Unione europea e nella legislazione anche di fonte internazionale oltre che nella contrattazione collettiva. Molti anni fa, si sosteneva che «la tutela, l'elevazione e l'eguaglianza del lavoratore stanno alla base di tutto il diritto del lavoro e ne costituiscono il principio unificatore»¹³. Mi sembra al contrario che, alla luce del pensiero economico dominante, il diritto del lavoro sia chiamato a garantire la competitività dell'impresa e dei sistemi economici, con un vero e proprio rovesciamento di prospettiva. Come ho avuto già modo di dire: «il diritto del lavoro è sempre più il diritto della flessibilità e del mercato del lavoro. Le finalità di protezione del lavoratore non vengono abbandonate. Esse peraltro sono subordinate alle esigenze di competitività, riduzione dei costi e flessibilità organizzativa reclamate dalle imprese... Gli interessi economici e organizzativi dell'impresa sono la "stella polare" dell'intervento legislativo nazionale e (europeo), che orienta e conforma anche le tutele del lavoro. Da questo punto di vista, si può affermare che oggi

¹¹ Sulle interrelazioni tra sviluppo del diritto del lavoro e quadro macroeconomico generale cfr., da ultimo, T. Treu, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2013, pp. 597 ss.

¹² R. Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2001, p. 39.

¹³ G. Mazzoni, voce *Diritto del lavoro e sindacale*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 1074.

il diritto del lavoro è sempre più il “diritto del datore di lavoro-imprenditore”»¹⁴.

Ovviamente riaffermare la specificità giuridica del diritto del lavoro significa sottolineare la sua «dimensione assiologica, i suoi valori, i suoi principi»¹⁵ e non predicarne l'indifferenza alle ragioni dell'economia. Già molti anni fa si sosteneva che in questa materia «il superamento del tradizionale metodo dogmatico, in una con l'impiego della critica politica e sociologica, l'apertura interdisciplinare, la comparazione internazionale, appaiono oramai elementi distintivi costanti»¹⁶. Si affermava inoltre la necessità «di coniugare gli obiettivi di socialità con gli obiettivi di efficienza», ricordando che quest'ultima «non è una prerogativa padronale, ma costituisce un principio di azione valido per tutti. Ma neppure è una legge scientifica, e pertanto sulle modalità di traduzione pratica di essa possono emergere divergenze, anche profonde»¹⁷. Ha ragione quindi chi sostiene che non ha senso «contrapporre orizzontalmente il diritto del lavoro all'economia: ciò semplicemente perché il diritto del lavoro è fatto anche di economia, così come di tante altre ragioni e giustificazioni, senza peraltro esaurirsi in alcuna di esse»¹⁸.

Tuttavia l'apertura cognitiva con la scienza economica (e con le altre scienze, come, ad esempio, la sociologia) significa scambio di informazioni, di giudizi e di opinioni evitando che si materializzi «il rischio della subordinazione monistica del diritto [del lavoro] all'economia»¹⁹. A mio parere, al contrario, siamo in presenza di una

¹⁴ V. Speziale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, pp. 4-5.

¹⁵ A. Perulli, *op. ult. cit.*, p. 561.

¹⁶ G. Giugni, *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, 1979, ora in *Lavoro legge contratti*, il Mulino, Bologna, 1989, p. 252.

¹⁷ G. Giugni, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, 1982, ora in *Lavoro legge contratti*, il Mulino, Bologna, 1989, p. 334.

¹⁸ R. Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2013, pp. 45-46.

¹⁹ R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 46.

«nuova tirannia dei valori economici»²⁰. La prospettiva economica, infatti, costituisce l'unica ragione giustificativa delle riforme in materia di lavoro, come dimostra tutto il dibattito precedente alla emanazione della nuova disciplina in materia di licenziamenti e come è evidente anche per le più recenti innovazioni in tema di contratto a termine o di regolazione del mercato del lavoro. La necessità di ridurre la rigidità delle regole in tema di recesso dovrebbe produrre i miglioramenti delle performance economiche del «sistema Italia» già in precedenza descritte. Il tutto in coerenza con un «pensiero unico» sostenuto da grandi istituzioni economiche internazionali che rispecchia l'analisi neoclassica standard, smentita (come vedremo) da dati empirici e da altre scuole di pensiero²¹.

In verità la dimensione assiologica del diritto del lavoro trova nel licenziamento uno dei suoi momenti di maggiore importanza.

Si tratta, infatti, di un potere unilaterale che può incidere in modo significativo su aspetti fondamentali della personalità e della dignità del lavoratore, come nel caso del recesso motivato da ragioni discriminatorie o di quello per giusta causa fondato su comportamenti giuridicamente o moralmente riprovevoli del dipendente e che mettono in discussione la sua onorabilità. Lo stesso può dirsi per il licenziamento che contenga un giudizio di disvalore sulla competenza tecnica nell'adempimento o che si fondi su una responsabilità del lavoratore imputabile a sua negligenza. Sono tutte situazioni rispetto alle quali il prestatore, indipendentemente dagli effetti economici del recesso, ha uno specifico interesse a riaffermare la propria soggettività con una

²⁰ A. Perulli, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *q. Riv.*, 2012, I, p. 584.

²¹ Si pensi alle teorie che, al contrario, seguono approcci completamente diversi, fondati su valori quali equità, libertà, felicità, eguaglianza, sviluppo compatibile assai lontani dalla «religione neoclassica». Si vedano, sul punto, A. Perulli, V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148, e la «Rivoluzione di agosto» del diritto del lavoro*, in *www.csdle.it*, 2011, p. 23 (con ulteriori indicazioni bibliografiche nella nota 66).

sentenza che accerti la lesione della sua dignità (dichiarando il carattere discriminatorio del licenziamento o l'assenza di comportamenti disonorevoli) o la correttezza del suo comportamento a fronte dell'imputazione di fatti mai ammessi o comunque privi della gravità che gli si vorrebbe attribuire. D'altra parte, il recesso interrompe l'esecuzione della prestazione, che non è solo l'adempimento di un obbligo contrattuale ma uno strumento di realizzazione della personalità del lavoratore e di esercizio dei suoi diritti fondamentali²². Infatti, «il prestatore, attraverso il lavoro reso all'interno dell'impresa, da intendere come formazione sociale nei sensi dell'art. 2 Cost., realizza non solo l'utilità economica promessa al datore, ma anche i valori individuali e familiari indicati nell'art. 2, cit., e nel successivo art. 36»²³. E questo spiega perché, anche nel caso del licenziamento economico, sono in gioco sia

²² Su tali aspetti, cfr. V. Speziale, *Situazione delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in M. Barbieri, F. Macario, G. Trisorio Liuzzi (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 88 ss., e, di recente, G. Cannati, *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 129 ss. Si rinvia anche a L. Nogler, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 685.

²³ Cass., Ss.Uu., 10 gennaio 2006, n. 141, www.dejure.giuffre.it, p. 8. La sentenza segue l'impostazione della dottrina civilistica e lavoristica indicata nella nota precedente [a cui *adde* S. Mazzamuto, *Ancora sul mobbing*, in Aa.Vv., *Il danno alla persona del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 211 ss.; Id., *Un'introduzione al mobbing*, in P. Tosi (a cura di), *Il mobbing*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 23 ss., e nota 45; I. Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 65 ss.; Id., *Diritto del lavoro e tecniche di tutela: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, pp. 489 ss.; A. Proto Pisani, *Note sulla tutela civile dei diritti*, in M. Barbieri, F. Macario, G. Trisorio Liuzzi (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 40; A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 270 ss.; G. Verde, *Attualità del principio «nulla executio sine titulo»*, in Aa.Vv., *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 60 ss., anche se questo Autore svolge qualche precisazione critica rispetto agli altri Autori citati] ed è stata recentemente confermata nelle sue argomentazioni da Cass. 18 giugno 2012, n. 9965. Sulla coesistenza, nel diritto del lavoro, di tecniche risarcitorie e ripristinatorie vd. anche A. Perulli, *op. ult. cit.*, p. 564, nota 12 (con riferimenti bibliografici).

profili reddituali connessi a garantire, ai sensi dell'art. 36 Cost., una vita libera e dignitosa (in una dimensione non riconducibile, dunque, solo al «prezzo» del lavoro), sia l'interesse a conservare un legame con l'impresa, che è anche il luogo di valorizzazione della persona e di altri valori costituzionalmente garantiti del lavoratore²⁴.

I profili descritti, che indubbiamente costituiscono parte della specifica dimensione assiologica del diritto del lavoro, non sono stati mai discussi o considerati quali ragioni giustificative dell'intervento di riforma. Questo non significa che la nuova disciplina non prenda in considerazione anche questi aspetti, come dimostra, ad esempio, il rafforzamento e l'estensione della tutela in tema di licenziamento discriminatorio²⁵. Voglio solo sottolineare come gli effetti che la riforma avrebbe potuto determinare sulla dimensione giuridica degli interessi in gioco sono stati completamente ignorati e tutto il dibattito si è sviluppato sulle conseguenze economiche che l'intervento riformatore avrebbe potuto realizzare.

Un altro esempio significativo del carattere pervasivo e totalizzante della razionalità economica è dato dalla discussione sulla funzione e sul valore della tutela reintegratoria.

Nel commentare la nuova formulazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, si è sottolineato come la reintegrazione sia ascrivibile alla property rule, che di solito «viene riservata ai casi in cui sia in gioco un diritto assoluto della persona». L'indennizzo, invece, è una liability rule, in genere applicata quando «sia in gioco soltanto un

²⁴ Tra questi anche l'esercizio di diritti sindacali che costituiscono espressione ulteriore di realizzazione della personalità del lavoratore e che ne realizzano la sua «dimensione sociale».

²⁵ Sulle problematiche connesse al licenziamento discriminatorio si vedano, tra gli altri, M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity «all'italiana» a confronto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 552 ss.; P. Chieco, *Il licenziamento nullo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 279 ss.; M. Barbera, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *q. Riv.*, 2013, I, pp. 139 ss.

interesse economico e professionale del lavoratore»²⁶. Entrambe le regole sono utilizzabili anche nei rapporti contrattuali, con una scelta rimessa al legislatore. Nella riforma Monti la property rule sarebbe circoscritta a casi eccezionali, quando è coinvolta «l'onorabilità della persona» (licenziamento disciplinare per un fatto insussistente) o quando il recesso economico sia palesemente pretestuoso (e, quindi, lasci pensare a un motivo illecito o discriminatorio). In tutte le altre ipotesi, invece, la ingiustificatezza del recesso dovrebbe comportare solo la liquidazione del danno²⁷. L'approccio prescelto, come si vede, è quello tipico della law and economics, in coerenza della quale l'idea secondo cui la perdita del posto di lavoro «lede sempre il diritto fondamentale al lavoro [...] corrisponde a una concezione del rapporto di lavoro ispirata all'idea della job property, che mal si concilia con il principio della insindacabilità delle scelte imprenditoriali e con la stessa regola del giustificato motivo oggettivo»²⁸.

Ho già espresso le mie obiezioni a questa interpretazione²⁹. Non vi è dubbio, comunque, che la lettura di Ichino è coerente con l'approccio tipico dell'analisi economica del diritto, in una dimensione nella quale «la norma giuridica deve poter essere violata, dietro corresponsione di un risarcimento economico, senza applicazione di punitive damages e, tantomeno, senza imporre la specific performance (esecuzione in forma specifica), onde ciascun

²⁶ P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, relazione al convegno nazionale del Centro studi «Domenico Napoletano» tenutosi a Pescara l'11 e 12 maggio 2012, dal titolo «Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro», in <http://www.pietroichino.it,2012>, pp. 10-11.

²⁷ P. Ichino, *op. ult. cit.*, pp. 10-12.

²⁸ P. Ichino, *op. ult. cit.*, pp. 11-12.

²⁹ V. Speciale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, pp. 530 ss.; Id., *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 316 ss.

soggetto possa scegliere se rispettare o meno la legge mediante compensazione finanziaria»³⁰.

Dal punto di vista giuridico, la reintegrazione nel posto di lavoro va invece considerata come un rimedio ripristinatorio del diritto violato, coerente con la tutela in forma specifica, che supera la logica compensativa dell'indennizzo pecuniario. Questa tecnica ritiene che la lesione di determinati interessi non possa essere soddisfatta dalla mera monetizzazione, ma richiede la restitutio in integrum della posizione soggettiva, particolarmente quando sono in gioco diritti non esclusivamente economici, come nel rapporto di lavoro.

Tale impostazione, coerente con una specifica lettura dell'art. 24 Cost. e del diritto all'*effective remedy* espresso in fonti sopranazionali³¹, è stata accolta da importanti elaborazioni della nostra dottrina processualistica e lavoristica³² e anche dalle Sezioni Unite della Cassazione. La Corte, infatti, rileva come il risarcimento del danno è un rimedio utilizzato anche nel diritto del lavoro, ma non ne costituisce la regola, che va invece identificata nella reintegrazione in forma specifica³³. Quest'ultima è una tecnica fondamentale del nostro ordinamento giuridico, che, in coerenza con l'art. 24 Cost., vuole garantire «l'esatta soddisfazione del

³⁰ A. Perulli, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in q. *Riv.*, 2012, I, p. 563.

³¹ G. Cannati, *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 32 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici e la critica al diverso indirizzo della Corte di Giustizia sull'effettività del rimedio risarcitorio nelle situazioni indicate nel testo.

³² Si rinvia agli Autori citati nelle precedenti note 22 e 23.

³³ Si è giustamente sottolineato che «la contrapposizione [cara a Ichino e altri cultori dell'analisi economica del diritto] tra *property rule* e *liability rules* rappresenta l'ipostatizzazione dei sistemi di *common law* nei quali l'obbligazione inadempnuta si trasforma automaticamente in obbligo risarcitorio e non si adatta, quindi, ai sistemi (storicamente esistenti) di *civil law* che assegnano, invece, priorità all'adempimento in forma specifica» (L. Nogler, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 669).

creditore non tenuto ad accontentarsi dell'equivalente pecuniario»³⁴. In questo contesto «il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto a una somma»³⁵.

Questo orientamento, ovviamente, non implica l'obbligo della reintegra quale unica sanzione ammessa dall'ordinamento. Non vi è dubbio, peraltro, che le Sezioni Unite si muovono in un'ottica molto lontana dal *severance pay* e dalla ricostruzione degli interessi sottesi al contratto di lavoro in chiave meramente economica³⁶. L'impresa, secondo tale opinione, è il luogo di realizzazione della personalità del lavoratore alla luce di un disegno costituzionale più ampio, che vede nel lavoro l'espressione di un diritto fondamentale³⁷.

In questa diversa ricostruzione del ruolo del lavoro nell'impresa, il ripristino dell'effettività del rapporto garantita dall'art. 18 non è soltanto una diversa sanzione giuridica rispetto alla tutela meramente economica. In verità la reintegrazione consente al giudice una ponderazione tra interessi organizzativi dell'impresa, nella dimensione soggettiva (vincolo fiduciario in rapporto anche ai futuri adempimenti) oltre che oggettiva (esigenze economiche), e l'interesse del lavoratore alla stabilità in quella «formazione sociale» dove si realizza la sua personalità e la sua esigenza di continuità di reddito. Se è vero, infatti, che le nozioni di giusta causa e giustificato motivo sono esterne alla disciplina della stabilità reale (che attiene al profilo sanzionatorio), è altresì vero che la possibilità di ricostituire ab origine il vincolo contrattuale impone al magistrato una diversa valutazione dell'assetto contrattuale e lo obbliga a un sindacato sulla razionalità e proporzionalità del recesso alla luce degli interessi in

³⁴ Cass., Ss.Uu., 10 gennaio 2006, n. 141, cit., p. 7.

³⁵ Cass., Ss.Uu., 10 gennaio 2006, n. 141, cit., p. 8.

³⁶ A. Perulli, *op. ult. cit.*, pp. 564 ss.

³⁷ Non è un caso che la Corte cost. abbia affermato che il diritto al lavoro è «un fondamentale diritto della persona umana»: Corte. cost. 3 marzo 1994, n. 108, in **Error! Hyperlink reference not valid.** (con richiamo alla sentenza n. 45 del 1965 della stessa Corte).

gioco e dei valori enucleati dall'ordinamento costituzionale ed europeo³⁸.

Al contrario, l'indennizzo economico rispecchia un approccio di law and economics che consente la esatta predeterminazione del costo del recesso e la possibilità di un immediato «aggiustamento degli organici»³⁹. Il risarcimento pecuniario, peraltro, determina di fatto la insindacabilità delle ragioni del licenziamento, che coincidono con le scelte puramente soggettive dell'impresa senza alcun bilanciamento tra valori costituzionalmente protetti. In questo caso l'intento è quello di escludere qualsiasi controllo sulla «adeguatezza causale» del recesso e sul contemperamento tra «diversi valori e razionalità sociali», così come espressi dalla legge e dalla giurisprudenza (anche costituzionale). L'indennizzo, in sostanza, «conduce alla mera monetizzazione (del licenziamento) come se il bene lavoro fosse una qualsiasi merce, traducibile in un prezzo», e assorbe «ogni valutazione, di ordine extraeconomico, fondata sulla funzione sociale del lavoro a beneficio della tutela della persona e della sua dignità»⁴⁰.

Infatti, la scelta organizzativa «a monte» del recesso non è mai realmente contestabile, perché il licenziamento ha in ogni caso effetto risolutivo del contratto. Le ragioni dell'impresa sono quindi sempre prevalenti sulla tutela alla stabilità e alla continuità del lavoro. Il controllo del giudice opera solo «a valle», con una valutazione che, senza toccare la «sostanza» della volontà imprenditoriale, incide soltanto sulle convenienze economiche. Vi è, quindi, una monetizzazione degli interessi del lavoratore, che non hanno una «forza di resistenza» tale da incidere sul potere organizzativo del datore di lavoro, di fatto sempre liberamente

³⁸ Sulla proporzionalità e razionalità come strumenti essenziali di analisi e interpretazione vd. A. Perulli, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, pp. 6 ss.

³⁹ P. Ichino, *Inchiesta sul lavoro*, Mondadori, Milano, 2011, p. 110.

⁴⁰ A. Perulli, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *q. Riv.*, 2012, I, pp. 563-564.

esercitabile (seppure, in assenza di g. causa o g. motivo, a costi superiori).

Gli esempi fatti dimostrano che «la subordinazione monistica del diritto (del lavoro) all'economia» è qualcosa di ben più concreto di un semplice «rischio»⁴¹ e che la «tirannia dei valori economici»⁴² si è compiutamente realizzata. In realtà siamo in presenza di una crisi dello statuto epistemologico del diritto del lavoro, nel quale la dimensione giuridica – nel senso assiologico più volte spiegato – è del tutto assente, o comunque completamente subordinata alle ragioni economiche. Non si tratta di prendere posizione sulle diverse opzioni proposte dalla teoria economica, quanto di rilevare come stiamo assistendo a un vero e proprio processo di «colonizzazione» che trasforma le ragioni dell'economia nell'unico fondamento scientifico della materia. L'apertura metodologica e cognitiva non può coincidere con «l'esproprio» delle specificità del diritto che ne giustificano la sua stessa esistenza. Forse occorrerebbe ricordare che «il diritto del lavoro si preoccupa tradizionalmente di proteggere i lavoratori, non di garantire la salute dell'economia e neppure di promuovere l'occupazione»⁴³. Se è certamente vero che l'identità del giuslavorista non può prescindere dal contesto economico e dalla stessa analisi di efficienza della norma giuridica⁴⁴, è altrettanto vero che accogliere esclusivamente il punto di vista dell'analisi economica del diritto significa accettare una lettura efficientistica delle norme che valuta i dispositivi giuridici come limiti, od ostacoli, capaci di modificare i comportamenti degli attori economici e produttivi di effetti perversi, contrari sia alla razionalità strumentale sia alla razionalità assiologica (coincidente con la protezione dei diritti fondamentali della persona). Eppure il diritto in generale (e quello del lavoro in particolare) deve necessariamente essere concepito come sistema di valori che completa quelli economici e

⁴¹ R. Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2013, p. 46.

⁴² A. Perulli, *op. ult. cit.*, p. 584.

⁴³ T. Treu, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 597.

⁴⁴ R. Del Punta, *op. ult. cit.*, pp. 43 ss.

mercantili. La sua funzione fondamentale è quella – essenziale nelle società complesse e pluralistiche – di «arbitraggio» tra valori, per organizzare la coesistenza e la coordinazione tra diverse razionalità (il fiume di «razionalità particolari» di cui parla G. Teubner)⁴⁵. In sostanza, bisogna riaffermare con forza che «l'essenza della razionalità (o ragione) giuridica, e segnatamente giuslavoristica, è di essere una razionalità di sintesi, che assorbe la razionalità economica all'interno di un quadro di riferimento più ampio»⁴⁶. In caso contrario è la stessa identità epistemologica del diritto del lavoro a essere minacciata.

2 RIGIDITÀ/FLESSIBILITÀ DELLE REGOLE IN TEMA DI RECESSO ED EFFICIENZA ECONOMICA

A questo punto è possibile esaminare in modo più approfondito il dibattito sugli effetti economici della rigidità della disciplina dei licenziamenti. Questa analisi, ovviamente, deve tenere conto anche dei dati empirici a nostra disposizione. Se il presupposto dell'analisi economica del diritto è quello della incidenza dell'art. 18 sull'occupazione, sul dualismo tra insiders/outsidere, sull'attuazione degli investimenti esteri e così via, è necessario verificare se e in che misura queste ragioni trovano conferma nella realtà sociale.

In realtà, la correlazione tra «rigidità» delle regole in tema di licenziamenti e tassi di occupazione o disoccupazione è fortemente contestabile, e questa conclusione ha trovato recente conferma anche nell'Ocse, che ne era stata la principale sostenitrice⁴⁷. Inoltre

⁴⁵ G. Teubner, *Diritto policontesturale*, La città del sole, Napoli, 1999.

⁴⁶ R. Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2001, p. 39.

⁴⁷ «Complessivamente le analisi teoriche non forniscono una risposta ben delineata sugli effetti della legislazione in materia di licenziamenti sui livelli complessivi di occupazione o disoccupazione» (Oecd, *Oecd Employment Outlook*, Paris, 2004, p. 80). L'Organizzazione afferma che la disciplina dei licenziamenti potrebbe avere effetti negativi sulla

vi sono numerosi studi teorici che negano la correlazione tra la «protezione» garantita dalla disciplina in materia di lavoro (licenziamenti inclusi) e livelli di disoccupazione⁴⁸. Una conclusione recentemente condivisa anche da Pietro Ichino, che è tra coloro che hanno maggiormente sottolineato la incidenza negativa della Employment Protection Legislation sul mercato del lavoro⁴⁹. D'altra parte, l'indice di rigidità della disciplina del lavoro elaborato dall'Ocse – modificato nel 2004 con l'eliminazione del Tfr dai costi del licenziamento e che gode «di un'ampia e riconosciuta reputazione tra gli studiosi di economia»⁵⁰ – classifica l'Italia solo al 18° posto (su 28 paesi) per i licenziamenti individuali sin dagli anni ottanta, includendo il nostro paese tra quelli più flessibili⁵¹. Inoltre, il

occupazione di alcuni gruppi di lavoratori (donne, giovani) (p. 63), sostenendo come questa tesi sia affermata da «alcuni studi» (senza, dunque, trovare conforto in tutti gli studiosi).

⁴⁸ Per l'indicazione degli studi in materia si rinvia a A. Perulli, V. Speziale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148, e la «Rivoluzione di agosto» del diritto del lavoro*, in www.csdle.it, 2011, pp. 14 ss. Si vedano anche R. Artoni, M. D'Antoni, M. Del Conte, S. Liebman, *Employment Protection Systems and Welfare State Models: A Comparative Study*, in *Legal Studies Research Paper Series*, 2006, pp. 3 ss., e E. Reyneri, *Sociologia del mercato del lavoro*, I, il Mulino, Bologna, 2011, p. 137; E. Fabrizi, V. Peragine, M. Raitano, *Flessibilità e lavoro in Italia e in Europa: la teoria economica e l'evidenza empirica*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 49 ss.

⁴⁹ P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, relazione al convegno nazionale del Centro studi «Domenico Napoletano» tenutosi a Pescara l'11 e 12 maggio 2012, dal titolo «Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro», in <http://www.pietroichino.it>, 2012, p. 5. L'Autore sottolinea che «la scienza economica non ci offre alcuna evidenza del fatto che l'«equilibrio mediterraneo» [caratterizzato da forti tutele contro i licenziamenti, *n.d.r.*] determini di per sé tassi di disoccupazione più elevati rispetto all'equilibrio tipico dei paesi nordeuropei o a quello di tipo statunitense».

⁵⁰ C. Dell'Aringa, *La riforma del lavoro: aspetti economici*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 44.

⁵¹ I dati Ocse, aggiornati al settembre 2010, sono reperibili in <http://www.oecd.org>. Si vedano, sul punto, le osservazioni di E. Reyneri, *op. ult. cit.*, I, pp. 131-132, e di E. Fabrizi, V. Peragine, M. Raitano, *op.*

ranking complessivo dell'Italia – inclusivo dei licenziamenti collettivi e dei contratti temporanei e che ci colloca al 5° posto tra i paesi più industrializzati – è ancora elevato (2,58%) esclusivamente per i costi connessi alla procedura di consultazione sindacale e all'indennità di mobilità⁵². La reintegrazione «pesa» «solo per un quindicesimo del totale dell'indice di protezione del licenziamento individuale»⁵³ e ha una influenza modestissima sulla posizione in graduatoria dell'Italia⁵⁴. Una riprova ulteriore del carattere fortemente «ideologico» del dibattito relativo alla rigidità dell'art. 18 anche alla luce della «ortodossia» delle valutazioni dell'Ocse.

La infondatezza della tesi criticata trova conferma nel turn-over italiano (in sostanza la mobilità in entrata e uscita dal mercato del lavoro e la creazione/distruzione di occupazione), che è «tra i più

ult. cit., che sottolineano come l'Italia, nell'indice aggregato di rigidità, è al di sotto della «maggioranza dei paesi europei» (p. 52).

⁵² I dati sono reperibili nel sito indicato nella nota precedente. In particolare, nella parte relativa al *Oecd Indicators of Employment Protection*, vengono spiegati i criteri di formazione dell'Indice, che nascono dalla ponderazione di tre indici parziali (licenziamenti individuali, collettivi e contratti temporanei). Su tali aspetti cfr. Anche E. Fabrizi, V. Peragine, M. Raitano, *op. ult. cit.*, pp. 50 ss.

⁵³ M. Leonardi, *L'indennità nell'incertezza*, in *La voce*, 27 marzo 2012, in <http://www.lavoce.info>, 2012, p. 1. Anche C. Dell'Aringa rileva come la riforma dell'art. 18, proprio in relazione agli indicatori Ocse, potrebbe migliorare la nostra posizione «nella classifica internazionale della flessibilità dei lavori a tempo indeterminato», anche se «il miglioramento non sarebbe poi così importante e decisivo» (*op. ult. cit.*, p. 43). Si vedano anche le considerazioni critiche di L. Nogler, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 666-667.

⁵⁴ La reintegrazione è uno degli elementi considerati in uno dei tre *sub* indici del recesso individuale. «Il reintegro conta per un quinto della sezione "difficoltà di licenziamento"» (M. Leonardi, *op. ult. cit.*, p. 1). Le altre «sezioni» (o indici) sono gli oneri procedurali (I) e il periodo di preavviso e le indennità economiche in caso di licenziamento illegittimo (II). Le riduzioni di personale e i contratti temporanei sono considerati a parte, quali fattori ulteriori che determinano il risultato complessivo (2,58), con la percentuale molto elevata (4,88%) per i licenziamenti collettivi.

elevati in Europa»⁵⁵. Una recente ricerca effettuata dal dipartimento del tesoro del ministero dell'Economia e delle Finanze e dalla Fondazione Brodolini conferma queste conclusioni. Dopo aver rilevato la costante «precarizzazione» della nostra occupazione, il rapporto sottolinea come «il mercato del lavoro italiano sembra caratterizzato da una sorta di “liquidità”...» e da elevata mobilità «piuttosto che da una semplice segmentazione tra insiders e outsiders...»⁵⁶. Sempre in questo ambito, d'altra parte, non vi sono evidenze empiriche di un turn-over superiore nelle imprese soggette alla tutela obbligatoria ai sensi dell'art. 8 della legge n. 604/1966, dove il licenziamento illegittimo è sanzionato soltanto con una modesta indennità risarcitoria e nelle quali è occupata una quota consistente di lavoratori. Anzi, un recente studio sugli effetti della legge n. 108 del 1990, che ha eliminato quasi integralmente il recesso ad nutum e ha incrementato i costi da licenziamento nelle imprese con meno di 15 dipendenti, ha sottolineato il contrario. In questo contesto, l'aumento del firing cost ha prodotto effetti assai ridotti su accessi e uscite nelle imprese «con un impatto insignificante sull'occupazione netta»⁵⁷.

⁵⁵ E. Reyneri, *Luoghi comuni e problemi reali del mercato del lavoro italiano*, in *Dir. lav. merc.*, 2006, p. 2. Questa opinione è sostenuta anche dal Cnel, *Rapporto sul mercato del lavoro 2004*, Roma, 2005, pp. 113 ss., che rileva la presenza di studi che confermano la tesi (B. Contini, U. Trivellato, *Eppur si muove. Dinamiche e persistenze nel mercato del lavoro italiano*, il Mulino, Bologna, 2005).

⁵⁶ Dipartimento del Tesoro – Fondazione G. Brodolini, *Treasury – Dynamic Microsimulation Model, Innovative Datasets and Models for Improving Welfare Policies*, Handout, Roma, 2012, p. 8. Su questa ricerca si veda anche l'approfondita analisi di E. Fabrizi, V. Peragine, M. Raitano, *Flessibilità e lavoro in Italia e in Europa: la teoria economica e l'evidenza empirica*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, che sottolineano come «l'evidenza empirica appare quindi più complessa di quanto facilmente semplificabile attraverso l'immagine di mero *apartheid* messo in atto dagli *insiders* (gli anziani) per penalizzare gli *outsiders* (i giovani)» (p. 66).

⁵⁷ A. Kugler, G. Pica, *Effects of employment protection on worker and job flows: evidence from the 1990 italian reform*, *Labour Economics*, 2008, n. 15, p. 94.

L'opinione secondo cui l'incremento della «flessibilità in uscita» dovrebbe incidere sulla «qualità dell'occupazione», scoraggiando il lavoro irregolare e la diffusione di contratti flessibili e rendendo più attrattivi i contratti standard⁵⁸, non trova conferme empiriche. Infatti, per quanto attiene alla «fuga» dal lavoro stabile, si è recentemente affermato che tutte le riforme finalizzate a flessibilizzare il mercato del lavoro con l'arricchimento delle tipologie contrattuali (come, ad esempio, il d.lgs. n. 276/2003) non hanno «avuto alcun effetto significativo nell'assorbire il lavoro irregolare in Italia: i datori di lavoro che assumevano in nero continuano a farlo; i datori di lavoro che assumevano nel mercato irregolare prima della riforma, dopo la sua entrata in vigore, preferiscono assumere i lavoratori con contratto a tempo determinato piuttosto che con un contratto permanente»⁵⁹. Una riprova, tra l'altro, che l'incremento dei contratti flessibili ha soltanto ridistribuito l'occupazione esistente in favore di rapporti di lavoro non stabili. D'altra parte, anche nell'ambito delle imprese soggette alla stabilità obbligatoria vi è una utilizzazione assai ampia di contratti diversi da quelli standard⁶⁰. La grande diffusione, secondo i dati Istat, di rapporti di lavoro autonomo nelle imprese con meno di 15 dipendenti (dove non si applica l'art. 18) suggerisce inoltre che l'assenza di una tutela forte contro il licenziamento non esclude il ricorso a forme contrattuali diverse dalla subordinazione. E anche chi interpreta queste statistiche in modo diverso (proponendone correzioni al ribasso)⁶¹ è costretto poi ad ammettere che i dati esistenti «non basterebbero certo per considerare dimostrato che l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori sia una causa del maggior ricorso a forme di lavoro dipendente

⁵⁸ A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 416 ss.

⁵⁹ C. Tealdi, *La flessibilità non ferma il sommerso*, in *La voce.it*, 8 maggio 2012, p. 3.

⁶⁰ C. Dell'Aringa, *Seminario sulla flessibilità in uscita*, in *Il diario del lavoro*, 30 settembre 2011, in **Error! Hyperlink reference not valid.**, 2011, p. 1.

⁶¹ P. Ichino, *Inchiesta sul lavoro*, Mondadori, Milano, 2011, pp. 64 ss.

atipiche, ma ne costituirebbe un pesante indizio»⁶². Ancora una volta, dunque, si pretende di portare argomenti a favore di una riforma che incide in modo rilevante sui diritti dei lavoratori in base a elementi... indiziari e oltretutto tali da non smentire le altre numerose «prove contrarie» desumibili dai dati e dagli studi già descritti.

In un recente saggio P. Ichino ha sottolineato che l'originaria formulazione dell'art. 18 anteriore alla riforma avrebbe causato una certa «vischiosità»⁶³ del mercato del lavoro italiano. Tuttavia anche questa affermazione mi sembra più una supposizione che una realtà suffragata da evidenze empiriche. L'analisi approfondita effettuata da questo Autore mette in evidenza dati in buona parte noti (elevata creazione di posti di lavoro, prevalenza di quelli precari, tempi relativamente lunghi per la ricerca di una nuova occupazione, alto numero di lavoratori «scoraggiati» ecc.)⁶⁴. Tuttavia questi risultati non consentono di collegare le caratteristiche sopra descritte alla disciplina dei licenziamenti. Ciascuna di esse, infatti, può trovare una spiegazione del tutto autonoma dall'art. 18 dello Statuto, a cui francamente si imputa... troppo⁶⁵. Tra queste, ad esempio, la bassa efficienza dei sistemi di incontro tra domanda e offerta di lavoro, l'incapacità dei lavoratori di essere utilmente riqualificati, la loro scarsa capacità professionale, la «eterogeneità dell'offerta di lavoro», per cui alcune fasce deboli sarebbero meno «occupabili» e quindi

⁶² P. Ichino, *Una lettura errata dei dati Istat nel dibattito sulle cause del precariato*, in <http://www.pietroichino.it>, 2011, p. 3.

⁶³ P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, relazione al convegno nazionale del Centro studi «Domenico Napoletano» tenutosi a Pescara l'11 e 12 maggio 2012, dal titolo «Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro», in <http://www.pietroichino.it>, 2012, p. 5

⁶⁴ P. Ichino, *op. ult. cit.*, pp. 2 ss. Si vedano, sul punto, anche i risultati della ricerca indicata nella precedente nota 56.

⁶⁵ C. Dell'Aringa, *La riforma del lavoro: aspetti economici*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 42 ss.

destinate a restare più a lungo in cerca di occupazione»⁶⁶. Inoltre, per confermare la tesi insiders/outside (smentita dalla ricerca del dipartimento del Tesoro già citata) e per attribuire alla disciplina dei licenziamenti effetti indimostrati, Ichino è costretto a ricorrere alla suggestiva argomentazione secondo la quale le inefficienze del mercato del lavoro prima descritte derivano da una valutazione estremamente negativa della perdita del posto di lavoro, che determina «una maggiore severità dei giudici nel valutare la giustificazione del licenziamento»⁶⁷. Queste affermazioni, peraltro, non sono suffragate da dati empirici (perché non esiste alcuna seria analisi «sul campo», certamente non semplice da realizzare). Esse, dunque, esprimono un giudizio personale, sicuramente rispettabile ma certo insufficiente a fondare una conclusione così assiomatica. Rilevo, inoltre, che esistono spiegazioni molto diverse sulle ragioni di un mercato del lavoro caratterizzato da elevata mobilità e da una permanenza più lunga nello stato di disoccupazione, con l'elaborazione di tesi che prescindono dalle regole giuridiche sul recesso del datore di lavoro⁶⁸.

Per quanto riguarda il rapporto tra disciplina dei licenziamenti e capacità di attrarre investimenti esteri, si è sostenuto che «nessun nesso causale è stato dimostrato», anche se una «qualche correlazione inversa tra grado di vischiosità del mercato del lavoro e attrattività del paese per gli investimenti diretti esteri è abbastanza evidente»⁶⁹. Quest'ultima affermazione, in chiara contraddizione con la prima, non è confermata dagli elementi in nostro possesso. Vi sono infatti reports, elaborati da grandi istituzioni internazionali fedeli al pensiero economico ortodosso, che collocano nei primi posti delle graduatorie in tema di competitività paesi considerati molto rigidi nella disciplina in tema di licenziamenti, mentre l'Italia è

⁶⁶ E. Reyneri, *Sociologia del mercato del lavoro*, I, il Mulino, Bologna, 2011, p. 196.

⁶⁷ P. Ichino, *op. ult. cit.*, p. 3.

⁶⁸ E. Reyneri, *op. ult. cit.*, pp. 103 ss., pp. 167 ss. (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

⁶⁹ P. Ichino, *op. ult. cit.*, p. 5.

ben lontana da queste realtà economiche per ragioni assai diverse dalle regole giuridiche in materia⁷⁰.

Si può concludere, dunque, che il governo Monti si è adeguato al «mantra» sostenuto dall'Ocse e dalle altre istituzioni economiche internazionali⁷¹, che costituisce una sorta di «pensiero unico»⁷² in larga parte smentito da studi e dati concreti. Mentre, in altre ipotesi, esso esprime conclusioni molto controverse, che si prestano a letture diverse e certo non univoche. Va anche detto, peraltro, che la particolare situazione in cui si trovava l'Italia nel novembre 2011 ha imposto una sorta di «commissariamento»⁷³ del nostro paese e, dopo la lettera della Bce, la riforma dei licenziamenti era inevitabile,

⁷⁰ Si vedano, ad esempio, i The Global Competitiveness Report 2011/2012 e 2010/2011, reperibili sul sito del World Economic Forum (in http://www3.weforum.org/docs/WEF_GCR_Report_2011-12.pdf). Essi mostrano come le restrittive labour regulations non sono, per l'Italia, tra i «fattori critici» di competitività più importanti (al contrario di altri, quali la inefficienza burocratica, il livello di tassazione, l'accesso al credito e così via). Queste caratteristiche sono confermate nel Rapporto 2012/2013. Nel *Country Profile Highlights* del Rapporto 2011/2012 si sottolinea inoltre la rigidità del mercato del lavoro tedesco, dove «una mancanza di flessibilità nei livelli salariali e l'alto costo del licenziamento costituiscono un ostacolo alla creazione di occupazione» (2). Eppure la Germania, nel 2012, è classificata al 6° posto su 183 paesi. Conclusioni simili sono contenute nel report 2012/2013, dove la Germania continua a occupare la sesta posizione, con un indice di rigidità che la colloca al 119° posto, rispetto al 127° dell'Italia. Analoghe considerazioni possono trarsi dal Rapporto *Doing Business* nel quale la disciplina in materia di lavoro non è considerata ai fini del ranking (2011 o 2012). Oppure, quando è utilizzata (2010), vi sono paesi come Finlandia, Germania o Francia con un tasso di rigidità in tema di licenziamenti identico o simile a quello italiano, ma con una posizione in classifica nettamente migliore del nostro paese, collocato solo al 78° posto.

⁷¹ M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity «all'italiana» a confronto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 536.

⁷² V. Speziale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, pp. 525 ss.

⁷³ F. Carinci, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, n. 6, p. 531.

anche se erano sicuramente percorribili strade diverse⁷⁴. A parte queste considerazioni, è comunque lecito dubitare che gli obiettivi perseguiti dalla riforma (superamento del dualismo insiders/outside, maggiore propensione all'assunzione con contratti stabili, riduzione della precarietà) saranno raggiunti ed è comunque «difficile sostenere che la riforma darà un contributo importante allo sviluppo economico e alla creazione di posti di lavoro»⁷⁵.

A oltre un anno dall'entrata in vigore della riforma è possibile affermare che gli sperati effetti positivi sull'economia e sull'occupazione del nostro paese non si sono minimamente realizzati. I dati più recenti confermano la persistenza della recessione (con la previsione di una decrescita del Pil nel 2013 pari all'1,8%) e un incremento del tasso di disoccupazione, attualmente pari al 12,5% e che raggiunge il 40,4% per i soggetti compresi tra i 15 e i 24 anni⁷⁶. Ovviamente, sarebbe ingeneroso attribuire alla riforma Fornero questi risultati, che in verità dipendono da fenomeni nazionali e internazionali di ben altro rilievo. Tuttavia, com'era prevedibile, la nuova disciplina dei licenziamenti ha prodotto conseguenze irrilevanti sul sistema economico e sulla competitività del nostro paese. La previsione di Dell'Aringa sopra citata si è puntualmente realizzata.

I dati descritti e le analisi teoriche ed empiriche già analizzate sollecitano peraltro riflessioni ulteriori.

⁷⁴ Penso, ad esempio, alla velocizzazione dei tempi processuali – in effetti poi realizzata –, a una migliore tipizzazione delle causali di recesso – per evitare alcune controverse interpretazioni giurisprudenziali – alla diversa graduazione delle sanzioni per i vizi formali. Tutte queste modifiche avrebbero consentito un notevole miglioramento della situazione senza necessità di intaccare la tutela reintegratoria.

⁷⁵ C. Dell'Aringa, *La riforma del lavoro: aspetti economici*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 42.

⁷⁶ I dati indicati nel testo sono quelli pubblicati dall'Istat per quanto riguarda il Pil (*Conti economici trimestrali del II trimestre 2013*, 10 settembre 2013, in www.istat.it, 1) e la disoccupazione a settembre 2013 (*Occupati e disoccupati*, 31 ottobre 2013, in www.istat.it, pp. 1 ss.).

La *law and economics*, pur se contrassegnata da connotati indubbiamente teorici, dovrebbe avere una stretta connessione con la realtà e con la ricerca dei riscontri concreti della esattezza delle teorie. Non va dimenticato, tra l'altro, che esiste una specifica materia (la econometria) che è dedicata alla verifica empirica di modelli formulati in ambito teorico. Tuttavia occorre anche ricordare che «spesso gli economisti accademici non si interessano alla realtà, o meglio si costruiscono una loro realtà teorica e, se scoprono che la realtà reale funziona in modo diverso, considerano sbagliata quest'ultima e non la loro teoria»⁷⁷. Una conclusione questa che può forse spiegare per quale ragione le ipotesi teoriche che legano disciplina dei licenziamenti e occupazione (o altri fenomeni quali l'attrattività degli investimenti esteri, il superamento del dualismo nel mercato del lavoro e così via) siano indifferenti alle «dure repliche della realtà» e all'assenza di riscontri empirici che confermino le teorie formulate⁷⁸.

Si assiste dunque a un duplice fenomeno. Da un lato, si sviluppano teorie economiche che suggeriscono la riduzione delle garanzie in materia di licenziamento a prescindere dalla loro concreta efficacia sul sistema produttivo e in relazione agli stessi obiettivi che si sono perseguiti. Questa impostazione, peraltro, è coerente con una «deriva» di una materia che dimentica di essere una scienza sociale e politica e si caratterizza oggi per «un crescente distacco dell'analisi teorica economica dalla realtà»⁷⁹. Dall'altro, il carattere sperimentale della scienza, che dovrebbe condurre a un confronto tra modelli economici e l'evidenza empirica, viene completamente negato attraverso una sistematica obliterazione di dati statistici e di analisi di vario tipo che mettono in evidenza risultati che contrastano l'assunto di base (più flessibilità dei licenziamenti determina maggiore occupazione, più investimenti esteri e così via).

⁷⁷ P. Palazzi, *L'economia come scienza sociale e politica*, Aracne, Roma, 2011, p. 10.

⁷⁸ Senza dimenticare che esistono molti contributi teorici che negano la correlazione tra tutela dei licenziamenti e occupazione. Vd. *retro*, nel testo, e note 47 e 48.

⁷⁹ P. Palazzi, *op. ult. cit.*, p. 13.

L'obiettivo della efficienza, che costituisce la «ragione sociale» di qualunque teoria economica, viene così smentito in conseguenza di un eccesso di astrattezza e di carenza del legame con la realtà, oppure considerando i dati concreti come un fattore trascurabile che non merita di essere considerato. In questo caso l'effetto paradossale è massimo. Non solo il diritto del lavoro è «colonizzato» dall'economia, ma questo processo si verifica nell'ambito di una evidente violazione dello statuto epistemologico della scienza «dominante», che, in varie forme, prescinde dalla realtà e dimentica il suo carattere sociale e sperimentale. Diritto del lavoro ed economia sono entrambe snaturate nei propri elementi costitutivi con un duplice effetto negativo che si riflette sulla nostra materia.

In verità, la rigidità dei licenziamenti come fattore di creazione di disoccupazione, del dualismo *insiders/ousiders*, della mancanza di attrattività del nostro paese per quanto riguarda gli investimenti esteri è una vera e propria «teologia economica», che ha ben poco di «scientifico» e che, come tutte le religioni, presuppone «dogmi e rivelazioni». I suoi assiomi sono presentati come verità indiscutibili e trasformati in una vera e propria ortodossia, dotata di una sua intrinseca razionalità che non ammette obiezioni, in quanto fondata su (presunte) ragioni oggettive di carattere economico.

Va peraltro detto che la riforma Fornero cerca di sopperire al deficit di realtà della scienza economica prevedendo un sistema di «monitoraggio» della legge, al fine di «valutarne gli effetti sulla efficienza del mercato del lavoro [e] sulle modalità di entrata e uscita dall'impiego» (art. 1, comma 2, legge n. 92/2012). Il sistema permanente di controllo «basato su dati forniti dall'Istituto nazionale di statistica e da altri soggetti del Sistema statistico nazionale (Sistan)» dovrebbe suggerire l'introduzione di «eventuali correzioni delle misure e degli interventi introdotti dalla [...] legge, anche alla luce dell'evoluzione del quadro macroeconomico, degli andamenti produttivi, delle dinamiche del mercato del lavoro e, più in generale, di quelle sociali» (art. 1, commi 2 e 3, legge n. 92/2013)⁸⁰.

⁸⁰ Sul monitoraggio si rinvia a S. Sciarra, *Monitoraggio e valutazioni: le riforme nella prospettiva delle politiche occupazionali europee*, in P.

La prospettiva è di grande interesse perché suggerisce un controllo sulla efficacia della legge che dovrebbe consentire una valutazione più concreta del suo impatto, in coerenza con la proposta secondo la quale il legislatore deve impegnarsi a valutare i dati concreti durante il drafting delle norme e nella fase di attuazione delle leggi⁸¹. Ovviamente, la sperimentazione, indubbiamente positiva, pone dei problemi. Ad esempio, con quali criteri è possibile distinguere i licenziamenti economici dovuti all'andamento negativo (congiunturale o strutturale) del ciclo da quelli che sono invece conseguenza esclusiva o preponderante della regolazione giuridica, «isolando» quindi l'effetto normativo da quelli più generale di contesto?

In ogni caso, la verifica sul campo della legge è certamente utile perché consente di avere dati concreti su cui discutere, nell'ambito di quell'apertura metodologica con altre scienze di cui si è più volte parlato. Ovviamente, si tratta di verificare se il monitoraggio sarà effettivamente realizzato. Si è giustamente rilevato che «anche il d.lgs. n. 276/2003 aveva abbracciato questa metodologia...», ma che «in quell'esperienza di riforma le speranze sono andate in parte deluse, poiché le indicazioni lanciate dal legislatore non sono state tradotte in fatti»⁸². Nell'anno successivo alla riforma, in verità, qualcosa è accaduto ed è quindi possibile un cauto ottimismo. Al momento sono state pubblicate, a cura dell'Isfol, le Prime evidenze ricavate dal sistema informativo sulle comunicazioni obbligatorie del Sistema informativo sulle comunicazioni obbligatorie del ministero del Lavoro e delle politiche sociali. I due reports, eseguiti nell'ambito del monitoraggio previsto dalla legge n. 92/2012, analizzano gli effetti della riforma Fornero sulla dinamica degli avviamenti nei contratti di lavoro⁸³. Si tratta indubbiamente di un importante passo

Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 37 ss.

⁸¹ P. Ichino, *Come il metodo sperimentale può contribuire al progresso del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, pp. 393 ss.

⁸² S. Sciarra, *op. ult. cit.*, p. 41.

⁸³ Isfol, *La dinamica degli avviamenti dei contratti di lavoro – Anno 2012*, in *www.isfol.it*, 10 maggio 2013, pp. 1 ss.; Isfol, *Gli effetti della legge n.*

avanti, anche se critiche sulle metodologie utilizzate sono certamente possibili⁸⁴. In relazione al licenziamento non sono stati pubblicati dati significativi, se non quelli relativi al numero dei tentativi obbligatori di conciliazione per i recessi per giustificato motivo oggettivo⁸⁵. La speranza è che anche in questo campo si forniranno riscontri empirici che consentano valutazioni sull'impatto della nuova disciplina.

Questi dati, peraltro, dovranno essere considerati con salutare «relativismo». Infatti, gli «strumenti che possono misurare l'impatto delle normative, cioè quelli dell'analisi economica del diritto [...] offrono una serie di utilissime informazioni sulla realtà, ma raramente sono in grado di fornire spiegazioni condivise, in particolare sui nessi fra determinati fattori e i relativi effetti, riuscendo a giungere, al massimo, a conclusioni probabilistiche»⁸⁶. E senza dimenticare la necessità di analizzare queste conoscenze nell'ambito dei fini e dei valori perseguiti dal diritto del lavoro, che non possono essere piegati alla sola valutazione in chiave di (presunta) efficienza sulla regolazione del mercato.

92/2012 *sulla dinamica degli avviamenti dei contratti di lavoro*, Rapporto n. 3, 30 luglio 2013, in *www.isfol.it*, 2013, pp. 1 ss.

⁸⁴ Non si comprende, ad esempio, in relazione ai contratti a tempo determinato, quali sono riconducibili alle nuove tipologie «acausalì» e quali invece sono ascrivibili alle forme di lavoro a termine già esistenti in precedenza. In questo modo non è possibile capire quale sia l'effetto introdotto dalla riforma su un aspetto così importante.

⁸⁵ Sono stati rilevati 16.000 tentativi obbligatori di conciliazione nel periodo 18 luglio 2012-22 luglio 2013, con esiti positivi nel 40% dei casi. Si rinvia a Oua, *Sul fronte dei licenziamenti oltre 16 mila conciliazioni*, *Organismo unitario dell'Avvocatura italiana*, in *www.oua.it*, 2013, pp. 1 ss.

⁸⁶ R. Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2013, p. 54.

3 LA NUOVA DISCIPLINA DELL'ART. 18 DELLO STATUTO DEI LAVORATORI ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA. L'AMBITO DELL'INDAGINE

La riforma del 2012 ha cambiato l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori e modifica quindi un aspetto fondamentale della tutela in materia di licenziamenti su cui da parecchi decenni si era sviluppato un serrato dibattito giuridico e politico. L'innovazione è di grande rilievo e incide anche su assetti consolidati dalla giurisprudenza, chiamata a razionalizzare e interpretare disposizioni di non facile lettura, anche per l'evidente intento compromissorio che caratterizza il testo finale.

Per valutare l'impatto della riforma, mi pare opportuno soffermarmi sulla dimensione empirica tipica del giurista consistente nell'analisi degli orientamenti giurisprudenziali sulla nuova disciplina, anche alla luce dell'imponente quantità di saggi e di commenti della dottrina, che, come vedremo, ha certamente influenzato le interpretazioni dei giudici⁸⁷. Non analizzerò tutte le problematiche connesse alle nuove disposizioni, ma mi concentrerò soltanto su alcune questioni di diritto sostanziale (non mi occuperò quindi del nuovo «rito Fornero»). In particolare mi soffermerò sugli aspetti che hanno rivelato i contrasti più forti in dottrina, trovando poi un significativo riscontro anche in giurisprudenza.

⁸⁷ Una prima valutazione degli orientamenti giurisprudenziali è stata già fatta da M. Biasi, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 181/2013, <http://www.csdle.lex.unict.it>, 2013, pp. 1 ss.

4 LA TESI DELLA PARZIALE IDENTIFICAZIONE TRA LICENZIAMENTO INGIUSTIFICATO E LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO

Un saggio molto approfondito e di elevato spessore teorico ha proposto una innovativa lettura della riforma. L'Autrice afferma che il licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo è, salvo situazioni particolari, necessariamente discriminatorio e comporta l'applicazione della tutela reale «piena» prevista dall'art. 18, commi 1 ss., della legge n. 300/1970⁸⁸. Questa interpretazione si presta a obiezioni logiche e giuridiche difficilmente superabili⁸⁹ e non è stata accolta dalla dottrina con una pluralità di argomentazioni, alcune anche molto sofisticate⁹⁰.

⁸⁸ M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity «all'italiana» a confronto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 554 ss.

⁸⁹ Sia consentito il rinvio anche a V. Speciale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 544 ss.

⁹⁰ Si vedano, tra gli altri, M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 28 ss.; M. Barbera, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *q. Riv.*, 2013, I, pp. 149 ss.; S. Brun, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, Padova, 2012, pp. 198 ss.; C. Cester, *Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, Ipsoa, Milano, 2012, p. 32, nota 37; Id., *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2012, p. 567, nota 19; Id., *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, pp. 21 ss.; R. Del Punta, *I problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, F. Angeli, Milano, 2013, pp. 11 ss.; M.L. Galantino, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, p. 237, nota 17; R. Galardi, *Il licenziamento disciplinare*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Utet, Torino, 2013, p. 289; L. Nogler, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto*

Senza voler ripetere le numerose considerazioni critiche, mi sembra evidente che la tesi di M.T. Carinci sia in ogni caso completamente in contrasto con la ratio della legge e con la stessa formulazione letterale dell'art. 18, che distingue nettamente la disciplina degli effetti prevista per il licenziamento discriminatorio e per quello privo di giusta causa o giustificato motivo⁹¹. Non a caso si è giustamente sottolineato che «non si comprende [...] come un assunto dogmatico-ricostruttivo, per quanto serio, possa prevalere sulla realtà positiva di un regime che ha previsto (per i recessi

comparato, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 683; A. Topo, *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, Ipsoa, Milano, 2012, p. 71; P. Alleva, *Proposta di emendamenti al d.d.l. sul mercato del lavoro, in particolare in tema di flessibilità in uscita*, in *www.dirittisocialiecittadinanza*, 17 aprile 2012, pp. 1-2; F. Carinci, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, n. 6, pp. 546 ss.; Id., *Ripensando il «nuovo» art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, p. 486, nota 41; P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, relazione al convegno nazionale del Centro studi «Domenico Napoletano» tenutosi a Pescara l'11 e 12 maggio 2012, dal titolo «Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro», in <http://www.pietroichino.it>, 2012, pp. 9 ss.; A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 429; M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2012, pp. 613 ss. e 619 ss.; O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 Stat. lav.*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Utet, Torino, 2013, p. 243; T. Treu, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *www.csdle.it*, n. 155, 2012, p. 56.

⁹¹ V. Speziale, *op. ult. cit.*, pp. 546 e 550. Tra l'altro ho osservato che la tesi qui criticata ha una valenza generale e pertanto anche nelle imprese con meno di 16 dipendenti il licenziamento ingiustificato dovrebbe essere necessariamente discriminatorio, con l'applicazione di una disciplina (la reintegra «piena») che prescinde dai requisiti dimensionali e con totale cancellazione della stabilità obbligatoria. Una conseguenza questa assolutamente in contrasto con la regola del «parallelismo delle tutele», più volte confermata dalla Corte costituzionale (V. Speziale, *ivi*, pp. 546 ss.). Questa mia critica è stata fatta propria anche da C. Cester, *op. ult. cit.*

ingiustificati) sanzioni a sé, ben distinte da quelle del licenziamento discriminatorio...»⁹².

La giurisprudenza non ha sino a ora seguito la tesi della parziale identificazione tra licenziamento discriminatorio e quello ingiustificato. A parte le decisioni riferite alla precedente formulazione dell'articolo 18, nelle quali si continua ad affermare la netta distinzione tra discriminatorietà e assenza di giustificazione⁹³, anche le ordinanze che applicano la nuova disciplina si muovono nell'ambito della distinzione tradizionale tra recesso discriminatorio e illegittimo. Vi sono numerose decisioni che, in riferimento al licenziamento ritorsivo, utilizzano le argomentazioni tradizionali già enunciate dalla Cassazione prima della riforma, senza quindi attribuire alcun rilievo al carattere innovativo della riforma⁹⁴. Anzi esse tendono a ricondurre la ritorsione nella discriminazione, mentre oggi la nuova configurazione del «motivo illecito» come autonoma fattispecie di licenziamento nullo dovrebbe sollecitare una revisione di questo orientamento (visto che il carattere ritorsivo del recesso

⁹² R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 14. M. Barbieri (*La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *op. ult. cit.*, p. 29) afferma che, nel criticare la tesi di M.T. Carinci, avrei valorizzato oltre il dovuto la *ratio legis*. Tuttavia, se la ratio si identifica con «l'intenzione del legislatore» (secondo almeno la giurisprudenza e la dottrina assolutamente prevalenti), mi pare evidente che la previsione di diversi regimi sanzionatori esprime in modo inequivocabile la volontà di distinguere tra il licenziamento discriminatorio e quello ingiustificato.

⁹³ Si veda, ad esempio, Trib. Milano 11 febbraio 2013 – giudice Colosimo – (in *Boll. spec. Adapt*, 2013, n. 21, per la cui analisi si rinvia a M. Biasi, *op. ult. cit.*, p. 14), che ribadisce come il licenziamento discriminatorio si fonda su un «motive odioso», ravvisabile, «in assenza di un'obiettivo ragione del licenziamento», nella «volontà di escludere dalla compagine sociale un soggetto per il solo fatto di una sua caratteristica personale che lo contraddistingue».

⁹⁴ Cfr., tra le tante, Trib. Bologna 19 novembre 2012, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, pp. 271 ss., con note di P. Ichino, *Quando il giudice confonde il difetto di giustificato motivo con il motivo illecito*, e di F. Scarpelli, *Giustificato motivo di recesso e divieto di licenziamento per rifiuto della trasformazione del rapporto a tempo pieno*; Trib. Milano 28 novembre 2012 – giudice Casella –; Trib. Milano 28 gennaio 2013 – giudice Lualdi.

potrebbe oggi trovare inquadramento in tale ambito piuttosto che nella discriminazione in senso proprio).

5 IL «FATTO MATERIALE» O IL «FATTO GIURIDICO» NEL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE

Uno dei punti cruciali di contrasto tra i commentatori della riforma è stato quello della interpretazione, nel licenziamento disciplinare, del concetto di «insussistenza del fatto contestato» (art. 18, comma 4). Si era prospettata la tesi, infatti, che il «fatto insussistente» dovesse essere considerato nella sua componente «materiale», privo di qualsiasi connotato soggettivo (e, quindi, inteso come azione materiale o evento concreto). Questo controllo avrebbe dovuto essere condotto «senza margini per valutazioni discrezionali, ma in base alla elementare distinzione tra l'essere e il non essere». Soltanto in questa ipotesi sarebbe stato possibile applicare la sanzione della reintegrazione. Mentre, qualora il «fatto» vi fosse stato, occorreva valutarne la importanza ai fini delle nozioni di giusta causa o giustificato motivo. E, se si fosse riscontrata la mancanza di una ragione giustificativa adeguata a giustificare il recesso, l'unica sanzione possibile sarebbe stata il risarcimento del danno, a meno che il fatto, pur sussistente, non fosse riconducibile a una sanzione conservativa prevista dal contratto collettivo⁹⁵.

Questa tesi, accolta da alcuni studiosi⁹⁶, avrebbe avuto come effetto immediato quello di rendere la reintegrazione una sanzione del tutto

⁹⁵ A. Maresca, *op. ult. cit.*, pp. 435 ss.

⁹⁶ M. Tremolada, *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 Stat. lav.*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero (legge n. 92/2012 e legge n. 134/2012)*, Ipsoa, Milano, 2012, p. 54; Id., *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa*, in C. Cester (a cura di), *Il licenziamento dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, pp. 120 ss.; M. Ferraresi, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 264; A. Topo, *op. ult. cit.*, pp. 69-70; M. Tatarelli,

eccezionale⁹⁷ e si poneva, quindi, l'evidente obiettivo di politica del diritto di «marginalizzare» la reintegra⁹⁸. Ho criticato questa opinione in base a una pluralità di argomenti legati alla interpretazione letterale e sistematica della legge⁹⁹. Osservavo, tra l'altro, che la tesi criticata, se portata alle estreme conseguenze, poteva far ritenere che un «fatto lecito» (ad esempio, non aver salutato il datore di lavoro) avrebbe dovuto necessariamente determinare, a fronte della evidente ingiustificatezza del licenziamento, esclusivamente la sanzione risarcitoria. In quel caso il fatto era pienamente sussistente e, quindi, nonostante la evidente illegittimità del comportamento aziendale, altro non si sarebbe potuto fare che liquidare il danno, riconoscendo al recesso valore risolutivo del contratto, con conseguenze evidentemente assurde¹⁰⁰.

Il licenziamento individuale e collettivo, Cedam, Padova, 2012, p. 450; M. Marazza, *op. ult. cit.*, pp. 623 ss.; M.L. Galantino, *op. ult. cit.*, p. 243; T. Treu, *op. ult. cit.*, pp. 51 ss.; A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 57 (peraltro con la precisazione che se il fatto fosse stato pretestuoso o di scarso rilievo la reintegra sarebbe stata ugualmente applicata pur in presenza della sua sussistenza e in applicazione dei principi in tema di frode alla legge); M. Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, pp. 6 ss.

⁹⁷ A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 437.

⁹⁸ Ed è lo stesso Maresca a confermare tale eccezionalità, quando afferma: «quale datore di lavoro licenzerebbe un dipendente per un fatto inesistente o se per tale fatto fosse prevista espressamente dal contratto collettivo l'applicazione della sanzione disciplinare conservativa? E se ciò avvenisse chi non condividerebbe – sul piano della opportunità – la scelta di applicare la sanzione più rigorosa: quella della reintegrazione?» (A. Maresca, *op. ult. cit.*, p. 438).

⁹⁹ V. Speciale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 552 ss.; Id., *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 329 ss.

¹⁰⁰ V. Speciale, *op. ult. cit.*, p. 330.

Ho espresso pertanto l'opinione che il «fatto» andasse inteso come «fatto giuridico», comprensivo dell'elemento oggettivo e di quello soggettivo (dolo, colpa, intensità dell'elemento intenzionale ecc.)¹⁰¹.

Questa tesi è stata sostenuta anche da altri Autori¹⁰², alcuni dei quali hanno oltretutto sottolineato che il «fatto» deve essere inteso come «inadempimento contrattuale»¹⁰³.

¹⁰¹ V. Speziale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 553 ss.; *Id.*, *op. ult. cit.*, pp. 333 ss.

¹⁰² Tra cui F. Carinci, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, p. 496; O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 Stat. lav.*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Utet, Torino, 2013, p. 248; A. Perulli, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 Stat. lav. Ratio e aporie dei contratti normativi*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2012, pp. 793 ss.; L. Zoppoli, *Flex-insecurity. La riforma Fornero (legge 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Esi, Napoli, 2012, p. 136. Per l'indicazione analitica degli Autori, oltre a quelli da me qui citati o considerati negli scritti indicati nella nota precedente, rinvio a M. Biasi, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 181/2013, <http://www.csdle.lex.unict.it>, 2013, pp. 24-25, note 99 e 100, a cui vanno aggiunti M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 31 ss.; R. Del Punta, *I problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, F. Angeli, Milano, 2013, pp. 21 ss.; R. Galardi, *Il licenziamento disciplinare*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Utet, Torino, 2013, pp. 291 ss. C. Cester [La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, pp. 32 ss.] propone una «mediazione» tra le due tesi (fatto materiale/giuridico). Tuttavia l'Autore ritiene che il «fatto contestato» vada definito come «comportamento» che includa «una soglia minima di anti giuridicità oggettiva». Il che significa tornare al «fatto giuridico».

¹⁰³ *Vd.*, ad es., R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 21; F. Carinci, *op. ult. cit.*, p. 496; M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, relazione al XVII congresso nazionale Aidlass, «Il diritto del lavoro al tempo della crisi», Pisa, 7-9 giugno 2012, p. 1059; M. Mazzotta, *op. ult. cit.*, p. 248; V. Nuzzo, *La norma oltre la legge. Causali e forma del licenziamento*

La giurisprudenza si è orientata, in senso prevalente, a utilizzare la nozione di «fatto giuridico», che, tra l'altro, è espressamente contenuta, seppure come obiter dictum, in una pronuncia della Cassazione, riferita alla inapplicabilità del nuovo regime sanzionatorio ai licenziamenti oggetto di procedimenti in corso al momento di entrata in vigore della riforma (18 luglio 2012)¹⁰⁴.

Tra le ordinanze si segnala in particolare Trib. Bologna 15 ottobre 2012, secondo la quale «la fattispecie inerente la cd. “insussistenza del fatto contestato”» va interpretata come «fatto giuridico, inteso come il fatto globalmente accertato, nell'unicum della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l'elemento soggettivo». D'altra parte, «l'insussistenza» non può essere letta come se essa «facesse riferimento al solo fatto materiale, posto che tale interpretazione sarebbe palesemente in violazione dei principi generali dell'ordinamento civilistico, relativi alla diligenza e alla buona fede nell'esecuzione del rapporto lavorativo, posto che potrebbe giungere a ritenere applicabile la sanzione del licenziamento indennizzato anche a comportamenti esistenti sotto l'aspetto materiale e oggettivo, ma privi dell'elemento psicologico, o addirittura privi dell'elemento della coscienza e volontà

nell'interpretazione del giudice, Satura, Napoli, 2012, pp. 63-64; A. Perulli, *op. ult. cit.*, pp. 794-795; R. Romei, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 1080; G. Santoro Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, p. 233; P. Sordi, *Il nuovo art. 18 della legge n. 30 del 1970*, in L. Di Paola (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 282-283; P. Tullini, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 160; L. Zoppoli, *op. ult. cit.*, p. 136. Per ulteriori indicazioni bibliografiche si rinvia a M. Biasi, *op. ult. cit.*, p. 25, nota 99.

¹⁰⁴ Cass. 7 maggio 2013, n. 10550, che, in motivazione, rileva come «con la legge n. 92 del 2012, è stata introdotta una nuova, complessa e articolata disciplina dei licenziamenti che ancora le sanzioni irrogabili per effetto della accertata illegittimità del recesso a valutazioni di fatto incompatibili non solo con il giudizio di legittimità ma anche con una eventuale rimessione al giudice di merito che dovrà applicare uno dei possibili sistemi sanzionatori conseguenti alla qualificazione del fatto (giuridico) che ha determinato il provvedimento espulsivo».

dell'azione»¹⁰⁵. In senso del tutto analogo si è espresso il Tribunale di Taranto del 3 giugno 2013, secondo il quale «il “fatto contestato” [deve] intendersi non come “fatto materiale”, ma come “fatto giuridico” [...], cioè non come mera condotta materiale (azione/omissione, nesso di causalità, evento), ma come condotta imputabile colposa, dovendosi altresì considerare il disposto normativo di cui all'art. 2106 cod. civ. [...], dovendosi quindi trattare comunque di un inadempimento disciplinarmente rilevante o astrattamente punibile con il licenziamento». Tra l'altro l'ordinanza sottolinea come la tesi contraria potrebbe condurre al paradosso «che anche una condotta del tutto lecita, nient'affatto inadempiente, o addirittura doverosa del lavoratore, se sussistente, perché effettivamente posta in essere dal lavoratore, dovrebbe ex se giustificare il licenziamento disciplinare, posto che l'illegittimità di quest'ultimo predicherebbe (solo) la materiale insussistenza della condotta»¹⁰⁶.

Analoghe considerazioni sono contenute in Tribunale di Palmi del 24 aprile 2013, che rileva come «il testo della norma discorre non semplicemente di “fatto”, ma di “fatto contestato”. E ciò che viene contestato non è mai semplicemente un dato meramente materiale, senza contesto, bensì un comportamento valutato nella sua valenza disciplinare e collocato in un preciso contesto. E tale valenza disciplinare non infrequentemente è indissolubilmente connessa alle circostanze estrinseche di contesto oltre che a quelle

¹⁰⁵ Trib. Bologna 15 ottobre 2012 – giudice Marchesini – (proc. n. 2631/2012, *Catalano Piero c. Atla Srl*), p. 3. Nel commentare la sentenza, si è sottolineato come essa dimostri «la artificiosità della soluzione legislativa, tale da risultare addirittura controproducente rispetto alla finalità perseguita» [F. Carinci, *Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore e il prudente conservatore* (in occasione di Trib. Bologna 15 ottobre 2012, ord.)]. Cfr. il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro, in **Error! Hyperlink reference not valid.**(di prossima pubblicazione in *Arg. dir. lav.*, I, 2014, n. 4-5), 2012, p. 7.

¹⁰⁶ Trib. Taranto 3 giugno 2013 – giudice Magazzino – (r.g. n. 1450/2012). La decisione utilizza molte delle argomentazioni da me espresse negli scritti in precedenza citati.

intrinseche della condotta»¹⁰⁷. Sulla stessa linea si muovono il Tribunale di Ravenna del 18 marzo 2013¹⁰⁸, il Tribunale di Roma del 4 aprile 2013¹⁰⁹, il Tribunale di Trieste del 15 aprile 2013¹¹⁰, il Tribunale di Milano del 30 gennaio 2013 – giudice Gasparini –, il Tribunale di Messina del 25 marzo 2013¹¹¹, la Corte d'Appello di Milano del 28 ottobre 2013¹¹² e molte altre¹¹³.

¹⁰⁷ Trib. Palmi 24 aprile 2013 – giudice Sapone – (r.g. n. 56/2013), il quale prosegue che «non esiste, in un contesto in cui si controverte sulla legittimità di un licenziamento disciplinare, neutralità e purezza del dato empirico; non si dà un dato puramente fenomenologico impermeabile a qualsivoglia profilo valutativo. È un'illusione che porta a risultati iniqui e incongrui quella di porsi alla ricerca di fatti da cogliere nella loro nuda storicità, decontestualizzati e depurati da qualsivoglia prospettiva valutativa». Il riferimento al «fatto contestato» e non al semplice «fatto» era stato da me sottolineato [V. Speciale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, p. 333] ed è particolarmente valorizzato da R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 21, da F. Carinci, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2012, p. 1116, da M. Barbieri, *op. ult. cit.*, p. 31, e da C. Cester, *op. ult. cit.*, p. 32.

¹⁰⁸ Secondo il quale «la nozione di fatto valevole ai fini della scelta della sanzione non può che comprendere tutto il fatto nella pienezza dei suoi elementi costitutivi (sia l'elemento oggettivo sia l'elemento soggettivo) alla luce della nozione di giusta causa valevole nella fattispecie considerata (secondo la legge e il Ccnl). E per fatto occorre intendere quello costituente illecito disciplinare (integrante giusta causa) alla luce della fattispecie concreta (che si giudica in base alla contestazione)...» – giudice Rivero.

¹⁰⁹ L'ordinanza – giudice Cosentino – (r.g. n. 39795/2012) riproduce le stesse identiche parole del Tribunale di Ravenna citato nella nota precedente.

¹¹⁰ Giudice Multari – (r.g. n. 941/2012).

¹¹¹ Giudice Di Bella – (r.g. n. 6182/2013).

¹¹² Giudice Bianchini – (r.g. n. 1400/2013), in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php.

¹¹³ Si vedano, ad esempio, Trib. Milano 18 dicembre 2012 – giudice Scarsella – (r.g. n. 12733/2012); Trib. Ancona 26 novembre 2012 – giudice Sbano –; Trib. Trento 29 gennaio 2013 – giudice Flaim – (r.g. n. 564/2012); Trib. Milano 27 marzo 2013 – giudice Cipolla –, in M. Barbieri, D. Dalfino, *op. ult. cit.*, tramite accesso al sito

Mi sembra che le argomentazioni descritte siano difficilmente superabili. Il «fatto» nella sua componente esclusivamente oggettiva può assumere rilievo nei casi in cui il lavoratore non ha materialmente compiuto l'azione o l'omissione oppure non ha causato l'evento. Quando, al contrario, esso sia riconducibile al soggetto destinatario della contestazione, in linea generale dovrà essere considerato nella sua dimensione complessiva di «fatto disciplinarmente rilevante», inclusivo quindi della imputabilità e dell'elemento soggettivo considerato in tutti i suoi aspetti¹¹⁴.

6 IL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE

La previsione di diversi regimi sanzionatori per il licenziamento disciplinare costituisce indubbiamente uno degli aspetti più complessi della nuova disciplina. La legge, infatti, prevede la «reintegra attenuata» nel caso della «insussistenza del fatto contestato» o qualora esso sia riconducibile a una sanzione conservativa prevista dal contratto collettivo. Mentre nelle «altre ipotesi» vi è solo il risarcimento del danno.

Sgombrato il campo da una lettura della «insussistenza del fatto» riferita esclusivamente agli elementi oggettivi, ho proposto un'interpretazione che gradua il sistema sanzionatorio in base a un

www.cacuccieditore.it/pronunce.php, e le altre citate da M. Biasi, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 181/2013, <http://www.csdle.lex.unict.it>, 2013, pp. 26-28.

¹¹⁴ Cfr., ad es., Trib. Trento 29 gennaio 2013 – giudice Flaim – (r.g. n. 564/2012) che, in base a una valutazione delle prove documentali e testimoniali, ritiene plausibili le giustificazioni del lavoratore e sostiene che il fatto contestato (essersi assentato dal lavoro per ferie pur senza autorizzazione al godimento del periodo di riposo) in verità doveva ritenersi «insussistente» non nella sua componente oggettiva ma in considerazione di tutti gli elementi che avevano qualificato il suo comportamento. Pertanto il giudice ha applicato la tutela di cui all'art. 18, comma 4, legge n. 300/1970. In senso analogo Trib. Messina 25 marzo 2013 – giudice Di Bella – (r.g. n. 6182/2012), che ritiene i fatti esistenti dal punto di vista materiale, ma tali da non configurare la violazione dell'art. 2104 cod. civ.

giudizio di proporzionalità svolto anche alla luce dell'art. 2106 cod. civ. Questa disposizione, infatti, anche se eliminata dal testo finale della riforma (che originariamente l'aveva espressamente contemplata), non è stata certamente abrogata e costituisce un criterio fondamentale di commisurazione della sanzione al comportamento attribuito al lavoratore. Tra l'altro ho osservato che la reintegra opera anche quando il contratto collettivo stabilisce, per quel fatto, una sanzione conservativa. Il giudice, quindi, anche se attraverso il «filtro» dell'autonomia collettiva, deve comunque valutare la gravità dell'addebito. E questo anche considerando che in molti casi i contratti collettivi non prevedono espressamente una specifica sanzione connessa a un determinato comportamento, ma si limitano a delegare all'interprete quale provvedimento disciplinare deve essere applicato per la medesima azione/omissione e sempre in proporzione alla sua gravità¹¹⁵. D'altra parte, in presenza delle nozioni di g. causa e g. motivo soggettivo (rimaste immutate), necessariamente il giudice deve verificare se «il fatto contestato» sia di rilievo tale da essere ricondotto a queste nozioni legali, con un giudizio che implica una valutazione della adeguatezza del rapporto tra comportamento e sanzione.

Inoltre, ho sostenuto che il criterio della proporzionalità deve essere applicato anche nelle diverse ipotesi in cui autonomia collettiva o codici disciplinari non prevedono nulla. E questo sia perché è impossibile non considerare le fonti normative in materia (che esistono e obbligano il giudice a tenerne conto), sia per evitare una irrazionale disparità di trattamento, con violazione del principio di uguaglianza. In caso contrario, infatti, si creerebbe una non omogeneità di disciplina tra comportamenti non gravi, puniti con sanzioni conservative dal contratto collettivo e dal codice (con diritto alla reintegrazione), e fatti non contemplati da questi atti negoziali o

¹¹⁵ Ho criticato la tesi secondo la quale i contratti collettivi possono applicarsi solo quando vi è un'elencazione tassativa dei fatti e delle relative sanzioni [V. Speciale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 335-336].

unilaterali ma che tuttavia hanno la medesima gravità. Questi ultimi, infatti, nonostante non potrebbero essere sanzionati con il licenziamento ai sensi dell'art. 2106 cod. civ., non attribuirebbero al lavoratore il diritto alla ricostituzione del rapporto di lavoro. Senza dimenticare che la legge attribuisce a contratti collettivi e codici carattere vincolante, ma non elimina, per i casi non previsti, il potere del giudice di valutare la gravità dell'infrazione in base alla legge¹¹⁶.

In sostanza, mi sembra che il giudice è chiamato a una valutazione complessa articolabile in più «gradi». In primo luogo deve verificare se il fatto contestato sia concretamente attribuibile al lavoratore, applicando in caso contrario la reintegra¹¹⁷. Poi è necessario controllare se il comportamento contestato sia punibile con una sanzione conservativa prevista dal contratto collettivo e, in caso di risposta affermativa, accertare la illegittimità del recesso e ordinare la reintegrazione. Ad analoghe conseguenze si dovrebbe giungere qualora il fatto, pur non espressamente punibile con una multa o una sospensione secondo il contratto collettivo, abbia una gravità tale da meritare soltanto queste tipologie di provvedimenti disciplinari.

Quando il «fatto sussiste» e non si può applicare una sanzione diversa dal licenziamento in base al contratto collettivo, al codice disciplinare o al giudizio di proporzionalità ai sensi dell'art. 2106 cod. civ., vi saranno due possibilità. Il magistrato potrà ritenere che il comportamento contestato configura una giusta causa o giustificato motivo di recesso e quindi confermerà il licenziamento. Oppure

¹¹⁶ È come se, ferme restando le nozioni legali di giusta causa e giustificato motivo, la legge, ai fini della legittimità del licenziamento, obbligasse il giudice a considerare le causali previste dai contratti collettivi in tema di recesso (che sono oggi soltanto un parametro di riferimento ai sensi dell'art. 30, comma 3, della legge n. 183/2010). In queste situazioni il magistrato dovrebbe applicare le fattispecie contrattuali, senza verificarne la coerenza, sotto il profilo della gravità, con quanto previsto dalla legge. Ma, in tutti i casi non contemplati, dovrebbe sempre valutare se il fatto contestato sia riconducibile o meno all'art. 2119 cod. civ. o all'art. 3 della legge n. 604/1966.

¹¹⁷ S'immagini la situazione in cui si accerti che il dipendente non ha commesso il fatto o che le sue conseguenze siano completamente indipendenti dalla sua volontà.

potrà ritenere che la condotta abbia una gravità «intermedia» tra quella che richiederebbe, ad esempio, una multa o una sospensione e quella che invece legittimerebbe il recesso. In tale situazione, il giudice dichiarerà l'insussistenza della giusta causa o del giustificato motivo, ma accerterà l'effetto risolutivo del rapporto e condannerà al risarcimento del danno. In quest'ultimo caso applicherà il comma 5 del nuovo art. 18, trattandosi di una delle «altre ipotesi» di licenziamento ingiustificato¹¹⁸.

L'interpretazione da me proposta è stata variamente criticata¹¹⁹, ma ha anche trovato in parte significativi consensi¹²⁰. L'analisi della

¹¹⁸ Le tesi indicate nel testo sono state espresse in modo più analitico e approfondito in V. Speciale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 550 ss.; id., *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 331 ss.

¹¹⁹ Oltre agli Autori da me indicati in V. Speciale, *op. ult. cit.*, pp. 328 ss., si vedano, senza alcuna pretesa di completezza: R. Del Punta, *I problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, Franco Angeli, Milano, 2013, pp. 26 ss.; M. Tremolada, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa*, in C. Cester (a cura di), *Il licenziamento dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, pp. 119 ss.; M. Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, pp. 5 ss.; R. De Luca Tamajo, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, pp. 1064 ss.; R. Romei, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, pp. 1080 ss.; M.T. Carinci, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 Stat. lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 1059 (anche se questa Autrice concorda con una parte delle mie tesi).

¹²⁰ Tra questi, ad esempio, F. Carinci, *Ripensando il «nuovo» art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, pp. 493 ss.; G. Santoro Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, pp. 233-234; R. Galardi, *Il licenziamento disciplinare*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Utet, Torino, 2013, pp. 291 ss. (pur con qualche distinzione); O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 Stat. lav.*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del*

giurisprudenza di merito mi sembra confermare alcune delle proposte interpretative da me avanzate.

Vi sono alcune sentenze che ricostruiscono la nuova disciplina dell'art. 18 in piena coerenza con quanto da me prospettato, in rapporto al principio di proporzionalità, al criterio con cui distinguere sanzione reintegratoria e quella risarcitoria, al ruolo dell'autonomia collettiva ecc. Il Tribunale di Taranto¹²¹, ad esempio, sostiene che «la formula dell'“insussistenza del fatto contestato”, cui consegue la tutela reintegratoria [è] riferita all'ipotesi in cui il fatto “giuridico” (disciplinarmente rilevante) è risultato inesistente in modo assoluto, a quello in cui è emerso che il lavoratore non lo ha commesso o non è stata raggiunta una sufficiente prova che lo abbia commesso nonché, ancora, alla ipotesi in cui il fatto contestato, sussistente o meno, postuli secondo il contratto collettivo una sanzione conservativa. La tutela risarcitoria va applicata, invece, quando il “fatto giuridico” (disciplinarmente rilevante) sussiste (nella sua materialità e consapevolezza soggettiva), ma non viene ritenuto tale da concretizzare la giusta causa o giustificato motivo soggettivo» (p. 15). Inoltre, «in assenza di codice disciplinare e in mancanza, nel contratto collettivo, di una graduazione di condotte inadempienti e di sanzioni occorre nondimeno ipotizzare una scala simile (a opera del giudice, che dovrà distinguere tra condotte inadempienti che sarebbero astrattamente passibili di licenziamento disciplinare e condotte, pur inadempienti ma meno gravi, che sono astrattamente passibili solo di sanzioni conservative)» (pp. 9-10). Infine, in sede di valutazione del comportamento del lavoratore «occorrerà ponderare adeguatamente la colpa [...], graduandola con riguardo alla sanzione: così grave da integrare una giusta causa o un giustificato motivo soggettivo, sì da legittimare un licenziamento in tronco o con preavviso; ovvero non così grave ma abbastanza grave da giustificare una sanzione superiore a quella massima conservativa, sì da fondare un licenziamento con preavviso e indennità risarcitoria» (p. 12).

lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013, Utet, Torino, 2013, pp. 248 ss.

¹²¹ Trib. Taranto 3 giugno 2013 – giudice Magazzino – (r.g. n. 1450/2013).

Il Tribunale di Ravenna¹²² sottolinea che quando il comportamento addebitato al lavoratore sia di lieve entità, la mancanza di giusta causa o giustificato motivo comporta l'applicazione della reintegra in base «alla perdurante applicazione del principio di proporzionalità, che ancora mantiene un ruolo fondamentale in materia» (p. 12). Infatti, «va considerato come la stessa previsione di legge, prescrivendo che dinanzi a un fatto tipico punito lievemente (da contratti collettivi ovvero da codici disciplinari) il giudice debba applicare la reintegra, rende evidente come il giudizio di proporzionalità abbia ancora mantenuto il suo valore essenziale nella scelta della stessa tutela. Per disposizione della legge quindi il giudice applica la reintegra quando il fatto tipico è punito lievemente (da contratti collettivi ovvero da codici disciplinari). È corretto inoltre ritenere che lo stesso criterio, per identità di ratio, il giudice debba applicare quando il fatto tipico esista ma non sia in concreto grave in assenza di una qualsiasi tipizzazione come ipotesi di illecito nei contratti collettivi o nel codice disciplinare. Non si potrebbe giustificare dinanzi a un fatto lieve un trattamento differente: non si capirebbe perché se il fatto lieve è previsto nel contratto collettivo si debba applicare la reintegra; mentre se un fatto lieve è accertato come tale dal giudice in carenza di una puntuale tipizzazione si debba applicare soltanto la tutela obbligatoria; tanto più se si pensa come in ogni campo del diritto la sanzione va commisurata (come qui si ritiene) all'entità del fatto e non alla colpa del datore» (pp. 12-13).

Il Tribunale di Roma¹²³ conferma questa interpretazione (utilizzando le medesime parole del Tribunale di Ravenna). L'ordinanza, in base al principio di proporzionalità «che ancora mantiene un ruolo fondamentale in materia» (p. 4), ribadisce che se il comportamento contestato non è tale da integrare una giusta causa e si tratta di un «fatto lieve» (anche se non previsto dal contratto collettivo come punibile con sanzione conservativa) occorre applicare la

¹²² Giudice Rivero – 18 marzo 2013.

¹²³ 4 aprile 2013 – giudice Maria Giulia Cosentino – (r.g. n. 39795/2012).

reintegrazione (pp. 4-5). Il Tribunale di Bologna del 24 luglio 2013¹²⁴ sottolinea: se «la mancanza contestata sia un ritardo di 10 minuti e il datore provi la sussistenza del fatto a carico del lavoratore, potrà essere sempre disposta la reintegrazione trattandosi di un inadempimento di scarsa rilevanza, che non consente il recesso alla parte datoriale, ancorché con il pagamento della penale prevista dalla legge; o, in altri termini, non essendo possibile configurare un'ipotesi astratta di giusta causa o di giustificato motivo» (p. 4)¹²⁵.

Una parte consistente di decisioni, a dire il vero, ribadisce la necessaria applicazione dell'art. 2106 cod. civ.¹²⁶ e del principio di proporzionalità come elemento per valutare la sussistenza o meno della causa giustificativa del recesso e per «graduare» la sanzione tra «reintegra attenuata» o «indennità risarcitoria forte»¹²⁷. Le

¹²⁴ Giudice Benassi –, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php.

¹²⁵ La sentenza prosegue affermando che «in sintesi la tutela reintegratoria e risarcitoria cd. debole dovrebbe trovare applicazione quando il datore di lavoro non provi il fatto contestato e l'imputabilità del fatto al lavoratore oppure quando sussista una causa di esclusione dell'inadempimento del prestatore di lavoro; e, altresì, quando il fatto come ricostruito sia punito dalla contrattazione collettiva con una sanzione disciplinare conservativa o, comunque, non rientri nella nozione legale di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo. Qualora, invece, il licenziamento venga considerato illegittimo per difetto di adeguatezza e di proporzionalità della sanzione inflitta, cioè si sia comunque in presenza di un inadempimento di non scarsa rilevanza, trova, infine, applicazione la sola tutela risarcitoria» (p. 4). Mi sembra che la sentenza si muova nell'ambito della interpretazione da me proposta (pur con qualche differenza).

¹²⁶ Trib. Roma 14 gennaio 2013 – giudice Valle – (r.g. n. 35289/2012) fa espressamente riferimento alla disposizione del codice civile. In senso analogo Trib. Ravenna citata nel testo, p. 12.

¹²⁷ Oltre alle due sentenze citate nella nota precedente, cfr. Trib. Milano 1° marzo 2013 – giudice Scarzella – (r.g. n. 14681/2012); Trib. Milano 20 marzo 2013 – giudice Scarzella –; Trib. Milano 16 aprile 2013 – giudice Porcelli – (r.g. n. 2894/2013): su queste decisioni si rinvia a M. Biasi, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 181/2013, <http://www.csdle.lex.unict.it>, 2013, pp. 32-33. Si vedano anche Trib. Milano 28 gennaio 2013 – giudice Lualdi –; Trib. Ancona 31

ordinanze, ovviamente, arrivano a conclusioni diverse in relazione al regime degli effetti applicabile. Esse tuttavia dimostrano come molti giudici ritengano che le sanzioni connesse al nuovo art. 18 non possono essere selezionate alla luce della sola esistenza materiale del fatto o della sua inclusione nelle sanzioni conservative da parte della contrattazione collettiva o dei codici disciplinari, ma richiedano un giudizio più complesso. Alcune di esse, inoltre, arrivano ad applicare la «reintegra attenuata» anche in considerazione della riconducibilità del fatto tra le ipotesi per le quali i contratti collettivi prevedono sospensioni o multe¹²⁸. Comunque esse si fondano sempre su una valutazione della gravità dei comportamenti e della proporzionalità della sanzione¹²⁹.

Un'altra osservazione che è possibile dedurre dall'analisi delle decisioni dei giudici di merito è l'utilizzazione estensiva dei codici disciplinari previsti dai contratti collettivi. In tale ambito le pronunce usano i Ccnl per escludere la giusta causa e applicare la reintegra perché i comportamenti sono ricompresi tra le sanzioni conservative¹³⁰. Oppure perché, in negativo, il fatto contestato non

marzo 2013 – giudice Sbano –; Trib. Taranto 3 giugno 2013 – giudice Magazzino – (r.g. n. 1450/2013); Trib. Genova 6 maggio 2013 – giudice Scotto –; Trib. Genova 14 maggio 2013 – giudice Scotto –; Trib. Roma 4 aprile 2013 – giudice Cosentino – (r.g. n. 39795/2012), Trib. Bologna 22 marzo 2013 – giudice Sorgi.

¹²⁸ È questo il caso, ad esempio, del Trib. Milano 1° marzo 2013 – giudice Scarzella – (r.g. n. 14681/2012); Trib. Milano 20 marzo 2013 – giudice Scarzella –, Trib. Bologna 24 luglio 2013 – giudice Benassi –, in M. Barbieri, D. Dalfino, *op. ult. cit.*, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php, p. 5.

¹²⁹ Cfr., ad es., Corte d'App. Milano 28 ottobre 2013 – giudice Bianchini – (r.g. n. 1400/2013), in M. Barbieri, D. Dalfino, *op. ult. cit.*, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php; Trib. Milano 23 aprile 2013 – giudice Porcelli –, *ivi*.

¹³⁰ Oltre alle sentenze citate nella nota 128, cfr. Trib. Bologna 15 ottobre 2012 – giudice Marchesini – (r.g. n. 2631/2012), Corte d'App. Bologna 23 aprile 2013, n. 604 (in *Guida lav.*, 2013, n. 20, p. 80, e che conferma Trib. Bologna 15 ottobre 2012); Trib. Bologna 25 settembre 2012 – giudice Coco – (r.g. n. 2602/2102); Trib. Bologna 22 marzo 2013 – giudice Sorgi – (r.g. n. 3484/2012, che applica la tutela «indennitaria forte» perché si trattava di un socio di cooperativa escluso dall'applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori); Trib. Ravenna

è tra quelli per i quali il contratto collettivo prevede il licenziamento o per entrambe le ragioni (inclusione del comportamento tra i fatti per i quali è stabilita l'ammonizione, la multa o la sospensione e non tra le ipotesi di licenziamento disciplinare)¹³¹. Tra l'altro le sanzioni conservative sono applicate sia quando il fatto contestato è riconducibile espressamente a un provvedimento disciplinare tipizzato, sia quando spetta al giudice graduare, al loro interno, quello che è ritenuto appropriato. In quest'ultimo caso si ritiene che l'inclusione tra i comportamenti che meritano una ammonizione, una multa o una sospensione sia di per sé sufficiente a escludere la ragione giustificativa del recesso¹³².

18 marzo 2013 – giudice Rivero –, cit.; Trib. Roma 18 aprile 2013 – giudice Leone – (r.g. n. 736/2013); Trib. Catania 19 aprile 2013 – giudice Fiorentino – (r.g. n. 11302/2012); Trib. Bergamo 4 aprile 2013 – giudice Bartoncini – (r.g. n. 68/2013); Trib. Bologna 24 luglio 2013 – giudice Benassi –, in M. Barbieri, D. Dalfino, op. ult. cit., tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php, p. 5.

¹³¹ Ad esempio, Trib. Milano 28 gennaio 2013 – giudice Lualdi – (r.g. n. 14796/2012) applica la «reintegra attenuata» perché il fatto non è previsto dal Ccnl come giusta causa di recesso. Trib. Roma 4 aprile 2013 – giudice Armone – (r.g. n. 32596/2012) assume la propria decisione in base a una approfondita analisi del Ccnl sia in relazione alle sanzioni conservative sia a quelle che legittimano il licenziamento. Lo stesso può dirsi per la reintegrazione disposta da Trib. Roma 18 aprile 2013 – giudice Leone – (r.g. n. 736/2013) e per le ordinanze del Trib. Catania 19 aprile 2013 – giudice Fiorentino – (r.g. n. 11302/2012); Trib. Bergamo 4 aprile 2013 – giudice Bartoncini – (r.g. n. 68/2013). Si vedano anche Trib. Ancona 31 gennaio 2013 – giudice Sbanò – e Trib. Milano 20 marzo 2013 – giudice Scarzella. La Corte d'App. Milano 28 ottobre 2013 – giudice Bianchini – (r.g. n. 1400/2013, in M. Barbieri, D. Dalfino, op. ult. cit., tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php) applica il risarcimento del danno nel caso di un comportamento non previsto dal Ccnl come sanzione conservativa o come giusta causa di recesso. Si veda anche Trib. Bologna 24 luglio 2013 – giudice Benassi –, che riconduce il fatto contestato alle sanzioni conservative del Ccnl e rileva come esso non sia ascrivibile alle ipotesi di giusta causa ivi previste.

¹³² Queste ordinanze accolgono la tesi da me espressa secondo la quale i contratti collettivi possono applicarsi anche quando non vi è un'elencazione tassativa dei fatti e delle relative sanzioni [V. Speciale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 335-336].

La valorizzazione dell'autonomia collettiva è uno degli obiettivi perseguiti dalla riforma che intende reprimere «un grave abuso del potere di licenziamento per ragioni disciplinari, la cui gravità, tuttavia, non deriva soltanto dalla sproporzione della reazione disciplinare, cioè dalla mera circostanza della punibilità del fatto [...] con una sanzione conservativa, bensì dalla conoscenza e/o conoscibilità preventiva, da parte del datore di lavoro, di tale più ridotta punibilità sulla base delle previsioni dei contratti collettivi»¹³³. Le decisioni sopra indicate dimostrano che, almeno da questo punto di vista, la nuova disciplina ha un impatto positivo, perché facilita il lavoro del giudice (e riduce la sua discrezionalità) tramite un riferimento costante ai contratti collettivi sia in positivo (il fatto è punito con una sanzione conservativa) sia in senso negativo (esso non è incluso tra le ipotesi di licenziamento). Una valorizzazione che può attribuire maggiore importanza anche a quella parte dei contratti non obbligatori per il giudice (che può solo «tenere conto» delle tipizzazioni di giusta causa o giustificato motivo)¹³⁴ e si spera possa sollecitare una revisione dei codici disciplinari previsti dai contratti collettivi, spingendo le parti sociali a redigerli in modo più dettagliato ed esaustivo.

Sempre in relazione alle regole disciplinari dei contratti collettivi, alcune ordinanze hanno ritenuto che i comportamenti contestati, pur non espressamente riconducibili alle sanzioni conservative contenute nei Ccnl, fossero a essi assimilabili per «analogia di gravità»¹³⁵ o perché comunque ritenuti analoghi a quelli ivi previsti¹³⁶. Questa giurisprudenza sembrerebbe dunque accogliere

¹³³ R. Del Punta, *I problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, F. Angeli, Milano, 2013, p. 23.

¹³⁴ Art. 30, comma 3, legge n. 183/2010.

¹³⁵ Trib. Milano 1° marzo 2013 – giudice Scarzella – (r.g. n. 14681/2012).

¹³⁶ Trib. Milano 20 marzo 2013 – giudice Scarzella –; Trib. Roma 14 gennaio 2013 – giudice Valle – (r.g. n. 35289/2012). Su queste sentenze si rinvia anche all'analisi di M. Biasi, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 181/2013, <http://www.csdle.lex.unict.it>, 2013, p. 32.

l'opzione interpretativa da me proposta al fine di evitare una irrazionale disparità di trattamento e la conseguente violazione del principio di eguaglianza. La mia tesi è stata criticata in quanto si è sostenuto che in questo caso il magistrato verrebbe a interpretare analogicamente il contratto collettivo, con una operazione vietata¹³⁷. In verità questa obiezione non può essere applicata alle sentenze che si stanno esaminando. Esse, infatti, utilizzano in molti casi tipologie molto estese di comportamenti disciplinari previsti dai contratti collettivi, come la commissione di «qualunque atto che porti pregiudizio alla sicurezza dell'azienda»¹³⁸ o il caso di «condotte contrarie al dovere di diligenza, ai regolamenti interni, alla disciplina e alla morale...». In queste ipotesi, quindi, vi è soltanto l'uso di formulazioni ampie dei contratti collettivi, che configurano delle «clausole generali» di individuazione di fatti disciplinarmente rilevanti non contemplati nelle altre esemplificazioni contrattuali. Qui, dunque, vi è applicazione diretta del contratto collettivo e non interpretazione estensiva o analogica.

Mi sembra, peraltro, che la mia proposta interpretativa (il giudice deve ordinare la reintegra quando il fatto contestato, pur non incluso tra le sanzioni conservative del contratto collettivo, ha una gravità equiparabile a quelle ivi previste) non possa essere assimilata alla interpretazione analogica. L'analogia, infatti, presuppone che vi sia una lacuna normativa e che essa venga risolta con l'applicazione di un'altra disciplina esistente per un'altra fattispecie espressamente regolata dalla legge (o dal contratto collettivo nel nostro caso). L'estensione presuppone che tra il caso regolato e quello non disciplinato vi sia una «somialtanza rilevante», da intendersi come

¹³⁷ R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 25, a cui si rinvia per l'indicazione degli Autori (tra i quali sono incluso) che appunto ritengono si tratterebbe di interpretazione analogica. Sul divieto di interpretazione analogica del contratto collettivo cfr. Cass. 23 dicembre 2002, n. 18294; Cass. 17 luglio 1995, n. 7763. In generale, sul tema, cfr. Aa.Vv., *Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza. L'interpretazione del contratto collettivo*, Giuffrè, Milano, 2004; A. Guerra, *Il contratto collettivo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, pp. 669 ss.

¹³⁸ Trib. Milano 1° marzo 2013 – giudice Scarzella – (r.g. n. 14681/2012), che si riferisce a questa dizione del Ccnl di categoria.

ratio legis¹³⁹. Nella situazione da me prospettata, non esiste una lacuna normativa. Il giudice è chiamato a valutare il comportamento del lavoratore in base a vari parametri normativi relativi alla giustificazione del recesso (artt. 2919 cod. civ. e art. 3, legge n. 604/1966), al principio di proporzionalità (art. 2106 cod. civ.) e al regime degli effetti applicabile (art. 18, comma 4, legge n. 300/1970). Il magistrato, dunque, opera con un normale giudizio di sussunzione senza dover colmare alcun «vuoto» giuridico. Il contratto collettivo, inoltre, non è esteso analogicamente a un caso diverso, ma opera semplicemente come parametro di riferimento della gravità del comportamento, per consentire al magistrato di comprendere se il fatto contestato possa essere assimilato, sotto il profilo della rilevanza e della responsabilità del lavoratore, a quelli previsti dal codice contrattuale. Si tratta di un procedimento simile (anche se non identico) a quello con cui il giudice, ai sensi dell'art. 36 Cost. e dell'art. 2099 cod. civ., utilizza il contratto collettivo come parametro del salario sufficiente anche per contratti di lavoro ai quali il Ccnl non sia direttamente applicabile. In queste ipotesi nessuno ha mai pensato che si fosse in presenza di una applicazione analogica del contratto collettivo.

Si è già detto come molte sentenze applicano la «reintegra attenuata» anche quando il fatto giuridico contestato è esistente ma è riconducibile alle sanzioni conservative previste dal contratto collettivo o, pur non incluso tra esse, ha una gravità equivalente ai comportamenti puniti con una multa o una sospensione. Altre, invece, arrivano alle stesse conclusioni in base a un criterio di proporzionalità, quando l'azione/omissione addebitata non è tale da giustificare una giusta causa o un giustificato motivo di licenziamento. Vi sono peraltro anche orientamenti diversi.

¹³⁹ N. Bobbio, *Analogia*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Utet, Torino, 1968, p. 603; Id., *L'analogia nella logica del diritto*, Utet, Torino, 1938; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in P. Schlesinger (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 154 ss.; Cass. 11 aprile 1962, n. 699; Cass. 19 aprile 1961, n. 863, e molte altre.

Alcune ordinanze, infatti, ritengono che la nuova disciplina «pare imporre uno sdoppiamento, sul piano funzionale, della verifica della legittimità del licenziamento rispetto alla successiva determinazione della sanzione eventualmente applicabile in caso di illegittimità del recesso. La prima operazione consta nella valutazione della idoneità del comportamento del dipendente a integrare una giusta causa o giustificato motivo soggettivo alla stregua dei principi – non modificati dalla novella legislativa – enucleati, al riguardo, da una giurisprudenza ormai consolidata. In caso di accertata illegittimità del licenziamento, il giudice deve, poi, individuare la sanzione da adottarsi nel caso concreto, applicando i criteri descrittivi stabiliti dal novellato art. 18, che prevede la reintegrazione nel posto di lavoro (associata a una indennità massima di 12 mensilità di retribuzione) soltanto in due ipotesi e precisamente quando “il fatto contestato non sussiste” e quando “il fatto rientra tra le condotte punibili solo con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti o dei codici disciplinari applicabili”. In tutte le “altre ipotesi”, secondo la nuova versione dell’art. 18, il lavoratore non ha diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, ma soltanto a un’indennità onnicomprensiva determinata tra un minimo di 12 e un massimo di 24 mensilità dell’ultima retribuzione globale»¹⁴⁰ .

Queste pronunce giurisdizionali ritengono che, in base alla istruttoria, i comportamenti contestati al lavoratore sono sussistenti e ascrivibili alla sua responsabilità (alla luce del principio del «fatto giuridico»). Essi, tuttavia, non hanno una gravità tale da configurare una giusta causa o giustificato motivo di recesso, né sono riconducibili alle sanzioni conservative previste dal contratto collettivo. Pertanto, la sanzione applicabile è l’indennità risarcitoria prevista dal comma 5 dell’art. 18, con un risarcimento che viene

¹⁴⁰ Trib. Genova 14 maggio 2013 – giudice Scotto. Questo «sdoppiamento» di indagine era stato proposto da A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all’art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 435 ss., e accolto da R. De Luca Tamajo, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, pp. 1064 ss.

graduato in base ai criteri previsti dalla legge ¹⁴¹. Tale giurisprudenza, dunque, pur applicando il principio di proporzionalità, ritiene che la sussistenza del «fatto giuridico» e l'impossibilità di applicare una multa o una sospensione determinino necessariamente, in assenza di una legittima causa di recesso, l'applicazione del risarcimento del danno. Le decisioni descritte non ritengono opportuno verificare se, pur non contemplato espressamente tra le sanzioni conservative, il fatto possa meritare, ai sensi dell'art. 2106 cod. civ., analoga sanzione. Esse inoltre non legano il risarcimento al fatto che il comportamento ha una gravità «intermedia» tra quella che richiederebbe una sanzione conservativa e quella che legittimerebbe il recesso.

Questa ricostruzione, che non condivido, è peraltro indicativa di un possibile sviluppo interpretativo della giurisprudenza, che non è dato sapere se e in che misura verrà a consolidarsi. Si può constatare che, nel momento in cui si scrive, la giurisprudenza sembra orientata in misura prevalente a seguire il diverso orientamento prima descritto, anche alla luce dell'utilizzazione estensiva dei contratti collettivi. Tra l'altro i codici contrattuali vengono ulteriormente valorizzati da quelle decisioni che ne analizzano il rilievo dal punto di vista processuale. È questo il caso, ad esempio, del Tribunale di Milano del 16 aprile 2013 ¹⁴² che ha condannato la società a corrispondere al lavoratore l'indennità risarcitoria di cui al comma 5 dell'art. 18 perché il dipendente non ha «allegato e prodotto le disposizioni del Ccnl o del codice disciplinare sui comportamenti passibili di sanzione conservativa»¹⁴³. Mentre il Tribunale di Milano del 28 dicembre 2012¹⁴⁴ riconosce il risarcimento del danno anche

¹⁴¹ Oltre a Trib. Genova 14 maggio 2013, cit., cfr. Trib. Voghera 14 marzo 2013 – giudice Dossi – (r.g. n. 1/2013); Trib. Milano, 23 aprile 2013 – giudice Porcelli –; Trib. Milano 28 dicembre 2012 – giudice Cipolla – (r.g. n. 13537/2012).

¹⁴² Giudice Porcelli – (r.g. n. 2894/2013).

¹⁴³ In senso contrario Trib. Bologna 25 settembre 2012 – giudice Coco – (r.g. n. 2602/2012), che ha invece acquisito d'ufficio il testo del contratto collettivo per verificare a quale sanzione disciplinare potesse essere ricondotto il «fatto».

¹⁴⁴ Giudice Cipolla – (r.g. n. 13537/2012).

perché «la difesa della parte ricorrente nemmeno compie lo sforzo di individuare quale sanzione ritiene astrattamente applicabile e la ragione per la quale la ritiene integrata dalla condotta posta in essere dal ricorrente».

Il Tribunale di Milano del 27 aprile 2013¹⁴⁵ afferma che la violazione del principio dell'immediatezza del recesso attiene a un profilo sostanziale di ingiustificatezza del licenziamento che esclude la sua legittimità¹⁴⁶. Tuttavia il giudice, poiché ritiene che il fatto «nella sua dimensione oggettiva e soggettiva» sussiste, applica l'indennità risarcitoria prevista dal comma 5 dell'art. 18. Altre sentenze, invece, ritengono che la tardività della contestazione disciplinare va considerata come un vizio meramente formale, a cui consegue il regime risarcitorio previsto dal comma 6 dell'art. 18¹⁴⁷. In realtà mi

¹⁴⁵ Giudice Cipolla – in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php.

¹⁴⁶ Viene quindi accolta la tesi, prospettata in dottrina, secondo cui questo vizio non può essere ascritto alle violazioni procedurali del licenziamento represses esclusivamente con il risarcimento del danno in misura ridotta. Si rinvia, sul punto, a R. Galardi, *Il licenziamento disciplinare*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Utet, Torino, 2013, p. 305.

¹⁴⁷ Il Tribunale di Ancona del 26 novembre 2012 – giudice Sbanò –, in M. Barbieri, D. Dalfino, *op. ult. cit.*, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php, afferma che «la mancanza di tempestività della contestazione, costituendo un vizio della procedura di contestazione prevista dall'art. 7 Stat. lav. dovrebbe trovare la propria regolamentazione all'interno del comma 6 del nuovo art. 18 che, in caso di accertata violazione della procedura *de quo*, prevede la risoluzione del rapporto di lavoro con riconoscimento al dipendente di una mera indennità risarcitoria determinata, in relazione alla gravità della violazione procedurale, tra un minimo di sei e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Viene, tuttavia, fatta salva l'ipotesi in cui il giudice accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso troveranno applicazione le tutele di cui ai commi 4, 5 o 7». Nel caso concreto il magistrato ritiene che si tratti di un'ipotesi di insussistenza del fatto e quindi ordina la reintegra. Tuttavia il giudice sembra ricondurre la violazione del principio dell'immediatezza nell'ambito della tutela risarcitoria per i vizi procedurali. In senso analogo Trib. Santa Maria Capua Vetere del 2

sembra indiscutibile che i ritardi nella contestazione e nella irrogazione del recesso, salvo nei casi in cui sono giustificati da ragioni di approfondimento istruttorio o di carenza di informazioni, esprimono in modo indiscutibile una autovalutazione del valore del comportamento addebitato. In sostanza, il datore di lavoro – non reagendo tempestivamente – ritiene che il fatto non è di per sé tale da non consentire la prosecuzione, anche provvisoria del rapporto e, quindi, non configuri una giusta causa. Pertanto la violazione dei principi di immediatezza necessariamente si riflette sulla inesistenza sostanziale della causale e non può essere ascritta a una semplice violazione procedurale¹⁴⁸. Ne dovrebbe, inoltre, derivare l'applicazione della «reintegra attenuata» perché è lo stesso atteggiamento del datore di lavoro a rivelare che egli ritiene che il «fatto contestato» è «insussistente» sotto il profilo materiale o della stessa gravità della lesione del vincolo fiduciario, con applicazione, quindi, della sanzione più forte¹⁴⁹.

aprile 2013 – giudice Cervelli – (in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 213 ss.), che, in una ipotesi di tardività della contestazione disciplinare anche alla luce della procedura prevista da Ccnl, applica «le conseguenze sanzionatorie dettate dall'art. 18, comma 6, Stat. lav....» (p. 214).

¹⁴⁸ In tal senso, C. Pisani, *Le conseguenze dei vizi procedurali del licenziamento disciplinare dopo la legge n. 92 del 2012*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, pp. 267 ss. e 270; M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *op. ult. cit.*, p. 46; R. Galardi, *op. ult. cit.*, p. 305.

¹⁴⁹ Così anche M. Barbieri, *op. ult. cit.*, p. 46; M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2012, p. 633; M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, Padova, 2012, p. 454; R. Galardi, *op. ult. cit.*, p. 295. Contra, C. Pisani, *op. ult. cit.*, p. 270; M. Tremolada, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o giusta causa*, in C. Cester (a cura di), *Il licenziamento dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, p. 130. O. Mazzotta, *Il molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 Stat. lav.*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Utet, Torino, 2013, pp. 250-251] esclude la possibile applicazione della tutela indennitaria e di quella risarcitoria, ritenendo che «una reazione sanzionatoria intempestiva rifluisca nel motivo illecito», con conseguente applicazione dell'art. 18, comma 1.

Una menzione particolare merita il Tribunale di Trieste del 15 aprile 2013¹⁵⁰ (150). La sentenza, infatti, ritiene che il lavoratore abbia commesso il fatto giuridico contestato e che esso consista in una «violazione tipizzata dalle norme collettive con una condotta sanzionabile con il recesso», senza possibilità di applicare una sanzione conservativa. Tuttavia il magistrato ritiene che vi siano «circostanze attenuanti». Con la conseguenza che, in una «valutazione anche della proporzione della sanzione applicata rispetto alla condotta», il licenziamento doveva considerarsi ingiustificato, «ma le sue conseguenze non possono essere quelle della tutela derivante dal suo annullamento, bensì quelle attenuate di cui al comma 5 dell'art. 18 novellato, cit., del mero risarcimento del danno da un minimo di 12 mensilità a un massimo di 24». L'ordinanza sembra confermare la tesi della «gravità intermedia» del fatto tra quello che meriterebbe una multa o una sospensione e quello tale da legittimare la giusta causa di recesso.

7 IL LICENZIAMENTO ECONOMICO

La nuova formulazione dell'art. 18 introduce un sistema «binario» anche per il giustificato motivo oggettivo (d'ora in poi g.m.o.) connesso a ragioni economiche e organizzative. Se il giudice accerta la «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento» può ordinare la reintegrazione nel posto di lavoro. Invece, «nelle altre ipotesi», condanna solo al risarcimento del danno (art. 18, comma 7, secondo periodo).

Ho già analizzato i problemi legati a queste disposizioni, che hanno animato un dibattito molto esteso e approfondito¹⁵¹. Le principali

¹⁵⁰ Giudice Multari – (r.g. n. 941/2012).

¹⁵¹ V. Speciale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 558 ss.; V. Speciale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 341 ss. (a cui rinvio per le indicazioni bibliografiche). Si vedano, anche, R. Del Punta, *I problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa*.

questioni interpretative sono quelle relative alla individuazione del «fatto posto a base del licenziamento», al significato della «manifesta insussistenza» e delle «altre ipotesi», al carattere facoltativo della reintegrazione. Non intendo qui ripercorrere le opinioni espresse in materia e mi limiterò ad alcune osservazioni strettamente connesse alle prime pronunce della giurisprudenza.

Va subito osservato che le ordinanze in materia di licenziamenti individuali per g.m.o. sono ancora poche e in numero più ridotto rispetto a quelle relative al recesso disciplinare. La esiguità delle decisioni è strana, anche perché inserita in un contesto economico assai negativo che, nell'anno e mezzo successivo all'entrata in vigore della riforma, avrebbe dovuto sollecitare molti licenziamenti economici con il correlativo contenzioso. Questo limitato numero di controversie sollecita due riflessioni. La prima è che probabilmente il tentativo obbligatorio di conciliazione sta producendo effetti deflattivi. A luglio 2013, su 16.000 procedure attivate, il 40% si è

Ricognizioni e confronti, F. Angeli, Milano, 2013, pp. 28 ss.; M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 40 ss.; M. Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, I, pp. 17 ss.; V. Nuzzo, *La norma oltre la legge. Causali e forma del licenziamento nell'interpretazione del giudice*, Satura, Napoli, 2012, pp. 93 ss.; S. Brun, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, Padova, 2012, pp. 6 ss.; C. Ponterio, *Il licenziamento per motivi economici*, in F. Amato, R. Sanlorenzo (a cura di), *Riforma Fornero: un'analisi ragionata (legge n. 92/2012)*, e-book, Altalex Editore, 2013, pp. 143 ss.; Id., *Il licenziamento per motivi economici*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, parte I, pp. 73 ss.; G. Santoro Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, pp. 231 ss.; O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 Stat. lav.*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Utet, Torino, 2013, pp. 251 ss.; P. Albi, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità*, Utet, Torino, 2013, pp. 260 ss.; A. Topo, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, pp. 153 ss.

concluso con esito positivo¹⁵². D'altra parte, anche nei casi di conciliazione con esito negativo, l'incontro tra il datore di lavoro e il dipendente e la discussione sulle stesse ragioni economiche e organizzative a fondamento del recesso può aver dissuaso molti lavoratori (magari su consiglio dei propri legali) sull'opportunità di attivare azioni giudiziarie dall'esito incerto.

È possibile anche una seconda interpretazione del numero limitato di ordinanze. La riforma, a una prima lettura, ha squilibrato le tutele. Infatti, il licenziamento economico, con il requisito della insussistenza «manifesta» e della semplice facoltatività della reintegra, sembra garantire alle imprese una maggiore libertà nel licenziamento per g.m.o. rispetto a quello disciplinare. Questa prima impressione, a mio giudizio, non è corretta¹⁵³. Tuttavia il nuovo art. 18 poteva essere interpretato in questo modo sollecitando le imprese a seguire la via più facile del recesso economico anche quando vi erano ragioni per un licenziamento disciplinare. Le poche ordinanze disponibili sembrerebbero dire che questo effetto moltiplicatore del g.m.o. in verità non si è verificato. Probabilmente la combinazione tra i due elementi – tentativo obbligatorio di conciliazione e interpretazioni dottrinarie che hanno fornito una lettura meno permissiva dalla nuova disciplina – può spiegare l'esiguità del contenzioso sino a oggi esistente.

Nel momento in cui si scrive, una delle poche decisioni che si sono occupate della nozione di «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento» è quella del Tribunale di Reggio Calabria del 3 giugno 2013¹⁵⁴. Il giudice ritiene, in primo luogo, che nel g.m.o. «la nozione di “fatto” non [è] distinguibile dalla valutazione e connotazione giuridica del fatto stesso, anche ai fini

¹⁵² Vd. retro, nota 85 della prima parte di questo saggio, in q. *Riv.*, 2014, I, p. 365.

¹⁵³ V. Speciale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 558 ss.; V. Speciale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 341 ss.

¹⁵⁴ Giudice Patrizia Morabito – r.g. n. 767/2013.

dell'applicazione della novella dell'art. 18, legge n. 300/70, approvata dalla legge n. 92 del 2012» (p. 8). Avevo sostenuto questa tesi¹⁵⁵, che è stata argomentata anche da altri Autori¹⁵⁶. In verità, come avevo già avuto modo di notare, il fatto economico e la sua qualificazione giuridica sono indissolubilmente intrecciati e non distinguibili¹⁵⁷.

Il Tribunale afferma poi che il datore di lavoro non ha fornito la prova della soppressione del posto di lavoro, e, per tale ragione, conferma la insussistenza del g.m.o. Il magistrato, tuttavia, sostiene che il «concetto di insussistenza “manifesta” impone all’interprete di cogliere con criteri soggettivi e temporali il senso della disposizione, che evidentemente intende sanzionare con maggior rigore un comportamento datoriale non solo illegittimo, ma particolarmente grave, che per questo lo obbliga al ripristino del rapporto e non solo

¹⁵⁵ V. Speciale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 560 ss.; V. Speciale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 331 ss.

¹⁵⁶ Rinvio a V. Speciale, *op. ult. cit.*, p. 331 per le indicazioni bibliografiche, a cui adde C. Cester, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, p. 33; R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 28; M. Barbieri, *op. ult. cit.*, p. 31; M. Persiani, *op. ult. cit.*, pp. 17 ss.; O. Mazzotta, *op. ult. cit.*, p. 252; P. Albi, *op. ult. cit.*, p. 275; F. Carinci, *Ripensando il «nuovo» art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, p. 503; T. Topo, *op. ult. cit.*, p. 169. Per una critica alla formulazione utilizzata dal legislatore e alla impossibilità di darne spiegazione sia in termini di «fatto materiale» sia quale ragione giuridica del recesso vd. C. Ponterio, *op. ult. cit.*, pp. 74 ss. Ritengono, al contrario, che il «fatto» vada qui inteso in senso «materiale» M. Persiani, *op. ult. cit.*, p. 18; S. Brun, *op. ult. cit.*, pp. 192-193.

¹⁵⁷ Infatti, ad esempio, «la “mancanza di commesse” (che si traduce in una riduzione di attività che rende necessaria la soppressione del posto di lavoro) è sia un “fatto materiale” (accertabile nella sua concretezza esistenza) sia la “ragione inerent[e] all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa” (art. 3, legge n. 604/1966). I due aspetti, scindibili sul piano concettuale, sono difficilmente separabili sul piano giuridico» (V. Speciale, *op. ult. cit.*, p. 331).

al pagamento dell'indennità risarcitoria. Se questo è il senso della disposizione, la "evidenza" della illegittimità del recesso non può che rapportarsi alla posizione e al punto di vista nonché alle conoscenze datoriali, quali erano all'atto del licenziamento (in tal senso si vuole qui proporre il criterio "soggettivo e temporale") (p. 13).

A mio giudizio, la mancata dimostrazione della soppressione del posto di lavoro è un sicuro indice dell'assenza di un g.m.o. e configura un'ipotesi di «manifesta insussistenza» a cui consegue la reintegra¹⁵⁸, con una tesi che è stata espressa anche da altri Autori¹⁵⁹. Tuttavia il giudice, alla luce di alcune suggestioni della dottrina¹⁶⁰, ha considerato che la reintegrazione presuppone una situazione di insussistenza «evidente», con una valutazione ex ante da effettuarsi al momento del licenziamento, e caratterizzata da particolare gravità¹⁶¹.

In verità ritengo che l'aggettivo «manifesta» è «ridondante ed enfatico»¹⁶². Il termine vuole soltanto indicare che la ragione

¹⁵⁸ V. Speziale, *op. ult. cit.*, pp. 344 ss.

¹⁵⁹ Rinvio, per le indicazioni bibliografiche, a V. Speziale, *op. ult. cit.*, pp. 344 ss., a cui adde gli Autori citati nella successiva nota 169.

¹⁶⁰ A. Vallebona, *op. ult. cit.*, p. 58; V. Speziale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 561; Id., *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, p. 341; L. Nogler, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 690.

¹⁶¹ Il magistrato aderisce alla tesi, espressa in dottrina, della «inescusabilità» della condotta datoriale (p. 13). La interpretazione della disposizione quale espressione di una insussistenza evidente e di una certa gravità è sostenuta anche da O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 Stat. lav.*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Utet, Torino, 2013, p. 252; G. Santoro Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, p. 238.

¹⁶² V. Speziale, *op. ult. cit.*, p. 341, riprendendo la tesi di A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 443,

economico-organizzativa deve essere chiaramente insussistente sia sotto il profilo della evidenza probatoria, sia per quanto riguarda la sua intrinseca idoneità a giustificare il licenziamento¹⁶³ (163). Mi sembra, dunque, che la gravità del «fatto economico» sia indubbiamente un elemento da prendere in considerazione ai fini della scelta della sanzione applicabile. Tuttavia il rilievo e l'importanza del fatto posto a base del licenziamento, che distingue la sanzione ripristinatoria da quella indennitaria, devono essere valutati in relazione a elementi oggettivi e non in considerazione della percezione che il datore di lavoro ne può avere al momento in cui decide di procedere al licenziamento. Il Tribunale di Reggio Calabria, al contrario, ha seguito questa linea interpretativa. Anche se l'analisi del caso concreto sottoposto a giudizio dimostra che il giudice ritiene come le evidenze processuali sottolineassero comunque la mancanza della soppressione del posto e, quindi, del g.m.o. Vi è quindi una valutazione che lega la «insussistenza manifesta» a una situazione di seria carenza delle giustificazioni adottate dal datore di lavoro.

La distinzione tra ipotesi di licenziamento economico illegittimo che comportano la reintegra e quelle che invece implicano solo il risarcimento del danno è uno degli aspetti più delicati della riforma. Mi sembra che le tesi che vedono nella reintegrazione un «caso estremo» da applicare solo in un numero assai limitato di situazioni

confermata anche da T. Treu, *Riequilibrio delle tutele e flexicurity*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 34; Id., *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in www.csdle.it, n. 155/2012, p. 53; M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, p. 40.

¹⁶³ Si è sostenuto che l'insussistenza «manifesta» opererebbe solo sul piano probatorio. Per tale ragione l'applicazione della reintegra o del risarcimento del danno andrebbe effettuata «nei termini graduati di maggiore o minore soddisfazione della prova richiesta» (F. Carinci, *Ripensando il «nuovo» art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, p. 503). In verità ritengo che, pur nell'imprecisione terminologica, la «manifesta insussistenza» deve essere valutata anche sotto un profilo sostanziale (V. Speciale, *op. ult. cit.*, pp. 341 ss.).

non siano fondate¹⁶⁴. Infatti, I principi costituzionali impongono un contemperamento tra ragioni economiche e tutela del lavoro e richiedono un'interpretazione costituzionalmente orientata della nuova disciplina che non può coincidere, come da alcuni ipotizzato, con la completa «marginalizzazione» della sanzione più incisiva o con la eliminazione del principio di *extrema ratio*¹⁶⁵. Questo spiega perché, come nel licenziamento disciplinare, occorre «graduare» il sistema sanzionatorio, applicando la reintegrazione per le ipotesi più gravi di illegittimità del licenziamento economico e il risarcimento per quelle meno importanti¹⁶⁶.

¹⁶⁴ P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, relazione al convegno nazionale del Centro studi «Domenico Napoletano» tenutosi a Pescara l'11 e 12 maggio 2012, dal titolo «Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro», in <http://www.pietroichino.it>, 2012, pp. 16 ss.; A. Maresca, *op. ult. cit.*, p. 443; P. Alleva, *Proposta di emendamenti al d.d.l. sul mercato del lavoro, in particolare in tema di flessibilità in uscita*, in www.dirittisocialiecittadinanza, 17 aprile 2012, p. 7; A. Vallebona, *op. ult. cit.*, p. 59; T. Treu, *Riequilibrio delle tutele e flexicurity*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 34; Id., *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in www.csdle.it, n. 155/2012, p. 53; M.L. Galantino, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, pp. 247-248; O. Mazzotta, *op. ult. cit.*, p. 252; M. Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, pp. 18-19; S. Brun, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, Padova, 2012, p. 193 (questi due ultimi Autori in base al presupposto che la reintegra opera solo in assenza della mancanza del fatto materiale posto a base del recesso).

¹⁶⁵ F. Carinci, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, n. 6, p. 548.

¹⁶⁶ In senso analogo P. Albi, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità*, Utet, Torino, 2013, p. 276; A. Topo, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, pp. 161 ss. Una citazione a parte merita la tesi di A. Perulli (*Fatto e valutazione giuridica del fatto nella*

Pertanto il ripristino del rapporto dovrà essere statuito quando il datore di lavoro giustifichi il recesso in presenza di una situazione di crisi inesistente¹⁶⁷ o di scarsissima consistenza¹⁶⁸. La reintegrazione sarà inoltre inevitabile nel caso di affermazione della soppressione di un posto di lavoro che in realtà non è stato

nuova disciplina dell'art. 18 Stat. lav. Ratio e aporie dei contratti normativi, in *Arg. dir. lav.*, I, 2012, pp. 795 ss.), secondo il quale l'impossibilità di distinguere, nel g.m.o., fatti materiali e qualificazione giuridica comporta sempre la necessaria applicazione della reintegra. La tesi, sicuramente condivisibile nei suoi presupposti, è stata peraltro da me criticata perché comporterebbe lo «svuotamento» della riforma nella parte in cui prevede la sanzione risarcitoria per il licenziamento economico ingiustificato [V. Speciale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 342-343].

¹⁶⁷ T. Treu, *op. ult. cit.*, p. 54; M.L. Galantino, *op. ult. cit.*, p. 248; O. Mazzotta, *op. ult. cit.*, p. 252.

¹⁶⁸ Ad esempio, l'impresa non ha diminuito le commesse [M. Ferraresi, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 265; P. Ichino, *op. ult. cit.*, p. 16] – o le ha ridotte in modo non significativo –, realizza utili (o ha perdite molto contenute), usa in modo intensivo lo straordinario, ha assunto molti lavoratori ecc. Nei casi di licenziamento motivato da innovazione tecnologica, il g.m.o. non sussisterà quando il processo innovativo è solo fittizio (perché non sono state introdotte tecnologie labour saving, ma quelle che lasciano immutate le esigenze di lavoro) o quando, pur esistendo, non ha comportato la soppressione del posto (e, quindi, in questo caso il giudizio attiene alla veridicità o consistenza del fatto organizzativo e al suo nesso causale con il posto soppresso).

eliminato¹⁶⁹ e in altri casi¹⁷⁰. Il risarcimento, al contrario, opererà quando la crisi ha solo carattere congiunturale e non strutturale¹⁷¹, oppure ha determinato una contrazione di attività ma non ha inciso sulla redditività dell'impresa¹⁷² o se il licenziamento, in assenza di una condizione di difficoltà economica, ha solo la finalità di

¹⁶⁹ T. Treu, *op. ult. cit.*, p. 54; M.L. Galantino, *op. ult. cit.*, p. 248; M. Ferraresi, *op. ult. cit.*, p. 265; G. Santoro Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, pp. 236-237 (anche se questo Autore, in realtà, afferma poi che, quando la «insussistenza» non è «manifesta», anche nell'ipotesi di soppressione del posto – o in altri casi – dovrebbe applicarsi solo la sanzione risarcitoria). Questa situazione, ad esempio, si verificherà quando è stato assunto un altro lavoratore che svolge i medesimi compiti (anche se meno costoso) (così anche S. Brun, *op. ult. cit.*, p. 195, nt. 169), nell'ipotesi di attribuzione della stessa attività professionale a un altro dipendente, nell'assenza dell'effettiva esternalizzazione delle mansioni sopresse, o se esse non sono state realmente distribuite tra altri lavoratori.

¹⁷⁰ Si immagini, ad esempio, l'ipotesi in cui la crisi economica esista e non sia congiunturale ma non ha nesso causale con il posto eliminato [M.L. Galantino, *op. ult. cit.*, p. 248; R. Del Punta, *I problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, F. Angeli, Milano, 2013, p. 29; G. Santoro Passarelli, *op. ult. cit.*, p. 237, ma con la precisazione specificata nella nota precedente. In senso contrario O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 Stat. lav.*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Utet, Torino, 2013, p. 252]. Si è sostenuto, tuttavia, che la presenza di una crisi «non transeunte o non contingente della situazione aziendale» imporrebbe la tutela economica (R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 31). In realtà se la difficoltà economica dell'impresa è strutturale il licenziamento – purché sussistano tutti gli elementi ulteriori (soppressione del posto, nesso di causalità, impossibilità del *repechage*) – è giustificato. Altrimenti, se la crisi non ha questi caratteri ed è inesistente o di scarso rilievo, opererà la reintegra. Mentre se la difficoltà è solo congiunturale vi sarà la tutela indennitaria (vd. *infra*, nel testo).

¹⁷¹ M. Ferraresi, *op. ult. cit.*, p. 265.

¹⁷² In questo caso, ad esempio, potrebbe essere utilizzato, come parametro di valutazione, il margine operativo lordo, che è uno dei principali indici di redditività. Esso, infatti, mette in evidenza il reddito di un'azienda basato sulla sua gestione e al lordo di interessi (gestione finanziaria), imposte (gestione fiscale) e deprezzamento di beni e ammortamenti.

aumentare i profitti o ridurre i costi¹⁷³. Infine, la sanzione risarcitoria dovrà essere applicata nelle ipotesi in cui in base alla situazione patrimoniale, al volume di affari, ai dati di bilancio, la difficoltà economica dell'impresa non ha quel livello di gravità tale da giustificare la piena legittimità del licenziamento. Le fattispecie descritte sono tutte accomunate dall'essere ragioni economiche che, alla luce del «diritto vivente» in materia di g.m.o., si collocano in una posizione intermedia tra quelle che legittimano il licenziamento (quando la crisi ha quei requisiti di gravità e strutturalità a cui fa riferimento la giurisprudenza) e quelle che invece escludono il giustificato motivo e impongono la reintegrazione¹⁷⁴.

Nonostante il Tribunale di Reggio Calabria abbia adottato una motivazione che si presta alle critiche in precedenza fatte, in base alla interpretazione sopra descritta ritengo sia apprezzabile che il giudice leghi la reintegra alla «particolare gravità» del comportamento del datore di lavoro e alla carenza di prova sulla «esistenza di alcuna effettiva crisi strutturale...» (p. 16). L'ordinanza, dunque, ribadisce che il g.m.o. richiede una ragione economica e organizzativa di una certa importanza (secondo l'interpretazione da me proposta).

La mancanza del giustificato motivo è stata rinvenuta anche dal Tribunale di Milano dell'11 marzo 2013, in una ipotesi di

¹⁷³ M. Ferraresi, *op. ult. cit.*, pp. 258 e 265; R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 31; O. Mazzotta, *op. ult. cit.*, p. 252. F. Carinci (*Ripensando il «nuovo» art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, p. 505) ritiene che la riforma dell'art. 18 dovrebbe rimettere in discussione la stessa nozione di g.m.o. rendendo irrilevante la distinzione «fra scelte dettate dalla necessità di contenere le predite [...] e scelte effettuate per l'opportunità di realizzare profitti». A mio giudizio, al contrario, tale distinzione si adatta perfettamente alla graduazione del sistema sanzionatorio proposta nel testo.

¹⁷⁴ Per l'analisi più approfondita delle varie situazioni descritte nel testo rinvio a V. Speciale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 345-346 (anche per ulteriori indicazioni bibliografiche).

licenziamento economico «per riduzione dell'attività giustificata da una contrazione del sistema produttivo dovuto a provvedimenti di carattere generale straordinario e alla conseguente riduzione dell'attività»¹⁷⁵. La società è rimasta contumace nel processo e il giudice ha quindi disposto la reintegrazione. In questo caso, dunque, sembrerebbe che il magistrato abbia utilizzato la nozione di «manifesta insussistenza» in rapporto alla «chiara evidenza» probatoria dell'assenza di una giustificazione del recesso, perché il datore di lavoro non ha dimostrato le ragioni del licenziamento. Il Tribunale ha quindi adottato uno dei due significati (di carattere probatorio e sostanziale) che questa formulazione può avere¹⁷⁶. Ad analoghe conclusioni giunge il Tribunale di Latina del 29 gennaio 2013¹⁷⁷ in un caso di recesso economico per crisi di attività e «sensibile calo delle vendite». L'ordinanza rileva che, a fronte delle contestazioni del lavoratore, «nessun elemento consta agli atti a supporto del motivo di licenziamento indicato – peraltro in maniera estremamente generica – nella lettera di risoluzione del rapporto. Alla luce della suddetta carenza totale di risultanze circa gli eventi giustificativi di una riduzione di personale, il licenziamento deve ritenersi manifestamente insussistente», con conseguente reintegrazione. La mancanza di prove, dunque, rende «manifesto» (rectius, evidente) che manca il g.m.o.

Il Tribunale di Foggia dell'11 settembre 2013¹⁷⁸ afferma che la carenza del g.m.o. è rinvenibile in un caso in cui si è dedotta una ragione economica non reale, perché, a seguito di un trasferimento di azienda, «l'attività economica in cui era inserito [il lavoratore] si è semplicemente trasferita a un nuovo soggetto che è subentrato in

¹⁷⁵ Giudice Perillo – r.g. n. 1049/2013.

¹⁷⁶ In tal senso anche M. Biasi, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 181/2013, *csdle.lex.unict.it*, 2013, p. 37.

¹⁷⁷ Giudice Papetti. *La sentenza è integralmente pubblicata*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 157 ss.

¹⁷⁸ Giudice Mancini, in M. Barbieri, D. Dalfino, *op. ult. cit.*, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php.

ogni rapporto di lavoro precedentemente previsto». Il giudice quindi ha disposto la reintegra perché si trattava di una ipotesi di «manifesta insussistenza», in coerenza con quanto sostenuto.

Il Tribunale di Reggio Calabria¹⁷⁹, inoltre, prende posizione anche sul carattere facoltativo della reintegrazione, ritenendo che, in mancanza di criteri legali che orientino l'interprete, la soluzione del problema deve essere trovata «nell'ambito dei principi dettati dall'ordinamento...». In tale contesto, «il ristoro del recesso illegittimo non è altro che il risarcimento per inadempimento contrattuale, e alla luce della giurisprudenza di legittimità deve ritenersi che il ristoro del diritto leso debba avvenire – ove possibile e non eccessivamente oneroso per il debitore – in forma specifica, per la regola generale dettata in materia dall'art. 2058 cod. civ.; regola che per il diritto del prestatore di lavoro è stata ribadita da Cass., Ss.Uu., n. 141 del 2006 [che ha sanzionato la sostanziale espropriazione dei diritti ove il ristoro per la violazione si riducesse in via di regola a una somma]...». Tale principio «può applicarsi nel pur mutato contesto dell'art. 42, legge n. 92/2012, almeno là dove la legge conservi la possibilità ai giudici di scegliere tra tutela reintegratoria e indennitaria» (pp. 15-16).

L'importanza della reintegrazione nel nostro sistema era stata da me particolarmente sottolineata proprio con riferimento alla sentenza delle Sezioni Unite n. 141/2006 (confermata dalla giurisprudenza successiva)¹⁸⁰ e anche in relazione ad alcuni principi costituzionali¹⁸¹. La decisione analizzata sembra dunque accogliere questa impostazione (la centralità, in generale e con particolare riferimento al rapporto di lavoro, della tutela in forma specifica). Tuttavia avevo sostenuto come il nuovo art. 18, consentendo

¹⁷⁹ 3 giugno 2013 – giudice Patrizia Morabito –, r.g. n. 767/2013.

¹⁸⁰ Cass. 18 giugno 2012, n. 9965.

¹⁸¹ V. Speciale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 531 ss.; Id., *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 317 ss.

soltanto la reintegrazione facoltativa, si esponesse a evidenti profili di incostituzionalità¹⁸². La mia tesi è stata accolta da parte della dottrina, che ha proposto una «interpretazione correttiva» costituzionalmente orientata: «il può si legge deve» e il giudice, quando sussistono le condizioni previste dalla disposizione, non può che condannare il datore di lavoro alla reintegrazione¹⁸³. Questa

¹⁸² V. Speziale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 558 ss.; Id., *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 347 ss. Aderiscono alla mia tesi O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 Stat. lav.*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Utet, Torino, 2013, p. 252; P. Albi, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità*, Utet, Torino, 2013, p. 275 (che peraltro arriva a conclusioni diverse da quelle da me prospettate).

¹⁸³ A. Perulli, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *q. Riv.*, 2012, I, p. 792; R. Del Punta, *I problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, F. Angeli, Milano, 2013, p. 33; O. Mazzotta, *op. ult. cit.*, p. 252; A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 449; F. Carinci, *Ripensando il «nuovo» art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, p. 501; G. Santoro Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, p. 238; P. Sordi, *Il nuovo art. 18 della legge n. 30 del 1970*, in L. Di Paola (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 311. Una diversa opinione è invece espressa da chi ritiene che, per evitare i profili di incostituzionalità, il «può» deve essere riferito non all'applicazione facoltativa della sanzione ma all'accoglimento o meno della domanda sull'allegata insussistenza del fatto [T. Topo, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, p. 165]. Una tesi contraddetta dalla formulazione letterale della norma e che comunque renderebbe inutile il termine (perché l'accoglimento o reiezione della domanda da parte del giudice è un effetto naturale del processo e non richiederebbe una disposizione espressa).

interpretazione è stata accolta dal Tribunale di Foggia dell'11 settembre 2013 in base a una pluralità di norme costituzionali¹⁸⁴.

Le questioni descritte non sono state esaminate dal Tribunale di Reggio Calabria, che, al contrario, giustifica la propria scelta per la reintegra sia in base alla importanza della tutela in forma specifica, sia in correlazione agli elementi messi in evidenza dal processo, che imponevano in qualche misura questa sanzione¹⁸⁵.

La giurisprudenza sta anche affrontando il problema del regime sanzionatorio applicabile nel caso di mancato assolvimento dell'onere probatorio in materia di *repechage*.

La ordinanza del 3 giugno 2013 di Reggio Calabria sostiene che «alla luce della migliore dottrina fino al momento espressa anche dalla novella della legge n. 92/2012, questo giudice ritiene che il *repechage* configuri “un attributo normativo sostanziale nella definizione dal giustificato motivo oggettivo”, ricostruzione che muove dalla – parimenti condivisibile – nozione di “fatto” non distinguibile dalla valutazione e connotazione giuridica del fatto stesso...» (p. 8). Questa interpretazione è sostenibile ma per ragioni diverse.

¹⁸⁴ Il giudice ritiene che «“la manifesta insussistenza” debba essere riletta alla luce del dettato costituzionale che pone il lavoro a fondamento della Repubblica e dell’effettiva partecipazione alla vita sociale dei cittadini ai sensi degli artt. 1, 2, 3, 4, 35, 36, 37, 38, 39, 40 e 51 Cost. Pertanto l’apparente discrezionalità del giudice, sottesa al predicato verbale utilizzato dalla normativa ordinaria “può”, non consente affatto al giudice di individuare un rimedio alternativo alla reintegrazione del lavoratore nel precedente posto di lavoro, trattandosi questa, infatti, della soluzione ideale a cui tende la Carta costituzionale e a cui, conseguentemente, deve essere vincolato il giudice in mancanza di chiare e precise indicazioni di segno opposto da parte del legislatore».

¹⁸⁵ Questi elementi sono individuati nella struttura societaria del datore di lavoro, nella mancata dimostrazione della esistenza di una crisi strutturale dell’impresa, nell’assenza della richiesta di fornire la prova della impossibilità del reimpiego del lavoratore nonostante egli avesse manifestato la sua disponibilità allo svolgimento di mansioni inferiori e al cambiamento della sede di lavoro.

Non va dimenticato, infatti, che «la possibilità di continuare a occupare il lavoratore non consente neppure di prospettare la riconducibilità delle ragioni di un eventuale licenziamento alle evenienze richiamate dall'art. 3, legge n. 604 del 1966»¹⁸⁶. Infatti, se il dipendente può ancora lavorare, la soppressione del posto non c'è, perché il soggetto interessato può essere ancora positivamente utilizzato nel contesto produttivo. D'altra parte, la stabilità dell'occupazione ha un suo fondamento costituzionale, quale espressione del bilanciamento tra iniziativa economica (di cui il licenziamento è una manifestazione) e il comma 2 dell'art. 41 Cost. (con il suo riferimento alla sicurezza, dignità e libertà umana), oltre che del contemperamento con quanto previsto dal comma 1 dell'art. 4 della legge fondamentale¹⁸⁷. Si è giustamente osservato che «è corretto individuare il punto di bilanciamento tra gli artt. 41 e 4 Cost. nel principio dell'*extrema ratio* che, incidendo direttamente sulla portata dell'art. 3, legge n. 604 del 1966, contribuisce alla configurazione delle regole del *repechage* e dell'adeguatezza del licenziamento per inadempimento»¹⁸⁸. Il necessario contemperamento dei valori costituzionali indicati, il coinvolgimento «della personalità umana nella vicenda del licenziamento», la tutela contro il recesso quale espressione della garanzia di non perdere il «sostrato esistenziale» costituito dall'attività lavorativa¹⁸⁹ spiegano anche il diritto vivente che si è formato in materia. La giurisprudenza, infatti, non richiede soltanto la prova della sussistenza di serie ragioni economiche che giustificano il recesso, ma anche la

¹⁸⁶ L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 648. In senso analogo A. Perulli, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 Stat. lav. Ratio e aporie dei contratti normativi*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2012, p. 801.

¹⁸⁷ L. Nogler, *op. ult. cit.*, pp. 602 ss., pp. 611 ss., a cui si rinvia per le ulteriori indicazioni bibliografiche; A. Perulli, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *q. Riv.*, 2012, I, pp. 580-581, pp. 570 ss.

¹⁸⁸ L. Nogler, *op. ult. cit.*, p. 613.

¹⁸⁹ L. Nogler, *op. ult. cit.*, pp. 602, 611 e 614.

dimostrazione della impossibilità di riadibire il lavoratore ad altre mansioni¹⁹⁰.

Non mi sembra che questo assetto di valori costituzionali sia mutato. Pertanto, il riconoscimento prioritario della stabilità dell'occupazione alla luce della Costituzione e la stessa impossibilità concettuale di concepire una soppressione del posto di lavoro nel caso in cui il dipendente possa essere utilizzato in altre mansioni impongono il *repechage* quale carattere costitutivo della esistenza del g.m.o. Se il datore di lavoro non riesce a provare l'assenza di altre attività a cui il lavoratore può essere adibito, vi è una ipotesi di «manifesta insussistenza» a cui deve conseguire la reintegrazione¹⁹¹.

Altre ordinanze, peraltro, hanno ritenuto che la violazione dell'obbligo del *repechage* determini soltanto il risarcimento del danno, in coerenza con quanto previsto da una parte della

¹⁹⁰ Tra le tante: Cass. 28 settembre 2011, n. 19616; Cass. 24 febbraio 2012, n. 2874; Cass. 11 marzo 2013, n. 5963; Cass. 12 settembre 2013, n. 20918. Le decisioni sono così numerose e distribuite nel tempo da costituire un vero e proprio «diritto vivente». Su tale concetto mi permetto di rinviare a V. Speciale, *La giurisprudenza del lavoro e il «diritto vivente» sulle regole interpretative*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, pp. 613 ss.

¹⁹¹ In tal senso anche P. Albi, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità*, Utet, Torino, 2013, pp. 274-275; A. Perulli, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 Stat. lav. Ratio e aporie dei contratti normativi*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2012, pp. 800-801; F. Scarpelli, *Giustificato motivo di recesso e divieto di licenziamento per rifiuto della trasformazione del rapporto a tempo pieno*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, p. 284; P. Sordi, *Il nuovo art. 18 della legge n. 30 del 1970*, in L. Di Paola (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 303; L. Zoppoli, *Flex-insecurity. La riforma Fornero (legge 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Esi, Napoli, 2012, pp. 137-138.

dottrina¹⁹². Il Tribunale di Milano del 20 novembre 2012¹⁹³, ad esempio, sostiene che la mancata prova della impossibilità di riadibire il dipendente ad altre mansioni «esula propriamente dal “fatto posto a fondamento del licenziamento”, costituendone, invero, una “conseguenza”, nel senso che il datore di lavoro – una volta venuta meno la posizione lavorativa – è tenuto, prima di recedere dal contratto, a verificare (secondo il principio di buona fede e correttezza nell’esecuzione del rapporto negoziale) se vi sia la possibilità di ricollocazione del dipendente all’interno dell’azienda» (p. 2). La tesi, in verità, è alquanto bizzarra. Il «fatto posto a base del licenziamento» economico, come si è visto, coincide con il g.m.o., perché profili materiali e giuridici sono indissolubilmente intrecciati. La nozione di g.m.o. non è mutata e il diritto vivente di origine giurisprudenziale ha «costruito» l’ipotesi del recesso quale

¹⁹² Cfr. C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2012, p. 628; T. Treu, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *www.csdle.it*, n. 155/2012, p. 54; M. Ferraresi, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 265; M.L. Galantino, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali: le modifiche all’art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, pp. 249-250; M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, Padova, 2012, p. 456; M. Marazza, *L’art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2012, p. 629; R. Del Punta, *I problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, F. Angeli, Milano, 2013, p. 30; S. Brun, *Il licenziamento economico tra esigenze dell’impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, Padova, 2012, pp. 272-273; F. Carinci, *Ripensando il «nuovo» art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, pp. 504-505; V. Nuzzo, *La norma oltre la legge. Causali e forma del licenziamento nell’interpretazione del giudice*, Satura, Napoli, 2012, p. 125; M. Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, p. 18; G. Santoro Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l’ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, pp. 236-237; T. Topo, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, p. 167.

¹⁹³ Giudice Casella – r.g. n. 11173/2012.

extrema ratio, alla luce anche del quadro costituzionale e delle altre ragioni prima descritte. Non si comprende, dunque, come si possa affermare che il repaceage è una «conseguenza del fatto» e non invece un elemento costitutivo della fattispecie che si basa su due caratteri fondamentali: la ragione economica e organizzativa e la impossibilità di riutilizzazione del lavoratore. Quest'ultimo elemento, tra l'altro, costituisce un sintomo della effettività della soppressione del posto (perché se vi è spazio per altre mansioni viene soppresso non il ma un posto di lavoro, in quanto rimangono altre possibilità di prestare le propria attività nell'impresa).

Ad analoghe conclusioni a quelle qui criticate giunge il Tribunale di Milano del 29 marzo 2013¹⁹⁴, secondo il quale «la problematica del repaceage è estranea al concetto di manifesta insussistenza di cui all'art. 18, comma 7, legge n. 300/1970», in quanto richiede «la effettività della ragione [...] posta a base del licenziamento» e «la possibilità – muovendo da una verifica successiva al fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, vale a dire “a valle” di detto “fatto” – di evitare la risoluzione del rapporto, ricollocando il dipendente in altra posizione lavorativa». L'ordinanza sembra accogliere la tesi di un'autorevole dottrina secondo la quale il repaceage è una valutazione da effettuare dopo che sia stata accertata l'esistenza del g.m.o.¹⁹⁵. Tuttavia anche questa decisione opera una scissione inammissibile della fattispecie e non considera che l'impossibilità del repaceage è funzionale a dimostrare l'esistenza «della effettività» della ragione economica e organizzativa.

Il Tribunale di Modena del 26 giugno 2013¹⁹⁶ ritiene che la società aveva dimostrato la sussistenza di ragioni economiche che giustificavano il licenziamento, ma tuttavia non aveva fornito la prova «di una consona applicazione dei criteri di scelta del

¹⁹⁴ Giudice Greco – r.g. n. 1612/2013.

¹⁹⁵ M. Persiani, *op. ult. cit.*, p. 18, nota 48.

¹⁹⁶ Giudice Vaccari, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php.

lavoratore da licenziare». Il giudice ribadisce che, in presenza di un recesso che riguarda più lavoratori con professionalità omogenee e fungibili, il datore di lavoro deve, in base ai principi di correttezza e buona fede, selezionare il dipendente interessato, con possibile applicazione dei «criteri che l'art. 5 della legge n. 223 del 1991 ha dettato per i licenziamenti collettivi [...]; e così potrà farsi riferimento, in via analogica, ai criteri dei carichi di famiglia e dell'anzianità (mentre, per quanto riguarda le esigenze tecnico-produttive e organizzative esse perdono rilievo, data, come si è detto, la situazione di totale fungibilità tra dipendenti: cfr. Cass. n. 16441/2001)». La mancata dimostrazione delle ragioni che avevano portato alla selezione del dipendente licenziato configurava quindi un'assenza di g.m.o. Tuttavia il magistrato ha ritenuto di applicare la tutela esclusivamente risarcitoria prevista dall'art. 18, comma 5, della legge n. 300/1970.

Questa interpretazione a mio avviso non è corretta. Il Tribunale, infatti, ha ritenuto che la selezione dei lavoratori da licenziare debba avvenire con l'applicazione dei criteri previsti dalla legge n. 223/1991, in coerenza con un consolidato orientamento giurisprudenziale¹⁹⁷. Tuttavia, la riforma, in relazione ai licenziamenti collettivi, stabilisce che, «in caso di violazione dei criteri di scelta previsti dal comma 1, si applica il regime di cui al comma 4 dell'art. 18» (la reintegrazione «attenuata»)¹⁹⁸. Mi sembra indiscutibile che l'applicazione analogica dei parametri selettivi previsti per la riduzione del personale debba necessariamente comportare i medesimi effetti. In sostanza, se, nel caso di violazione dell'art. 5, comma 3, della legge n. 223/1991, il legislatore ha previsto la «reintegra attenuata», non si vede come tale sanzione non si debba necessariamente estendere alla fattispecie analoga enucleata dalla giurisprudenza per il licenziamento individuale. Infatti, anche se in questo caso non si può parlare di una «manifesta insussistenza» (perché vi è la ragione economica, il nesso di

¹⁹⁷ Cass. 28 marzo 2011, n. 7046; Cass. 11 giugno 2004, n. 11124; Cass. 21 dicembre 2001, n. 16144, e molte altre.

¹⁹⁸ Art. 1, comma 46, della legge n. 92/2012, modificativo dell'art. 5, comma 3, della legge n. 223/1991.

causalità e la soppressione del posto), tuttavia non è possibile negare la precisa opzione effettuata dal legislatore in favore della sanzione ripristinatoria del rapporto di lavoro. Opzione che non può essere trascurata quando si voglia estendere al licenziamento individuale la stessa regola operante per quelli collettivi¹⁹⁹.

8 I VIZI FORMALI E DI PROCEDURA NEL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE

Le violazioni procedurali del licenziamento sono sanzionate esclusivamente con la tutela indennitaria prevista dal comma 6 dell'art. 18, ricompresa tra un minimo di 6 sino a un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. La nuova disciplina, a mio giudizio, pone problemi di costituzionalità. La tutela risarcitoria, sicuramente ammessa anche nell'ambito dei licenziamenti, deve peraltro rispettare il principio secondo cui l'indennizzo monetario, in coerenza con quanto stabilito dalla giurisprudenza europea in tema di licenziamenti collettivi e discriminatori oltre che di contratto a termine, deve essere

¹⁹⁹ V. Speciale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, p. 345. Il regime risarcitorio del comma 5 dell'art. 18 è invece ritenuto in questo caso applicabile da M. Ferraresi, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 265; M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, Padova, 2012, p. 456; M.L. Galantino, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, p. 252; R. Del Punta, *I problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, F. Angeli, Milano, 2013, p. 32; S. Brun, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, Padova, 2012, p. 271 (secondo la quale il risarcimento per violazione dei criteri di scelta è estraneo all'art. 18 e deriva dalla mancata applicazione dei principi di correttezza e buona fede).

«adeguato, effettivo e dissuasivo»²⁰⁰, in modo da costituire «efficace deterrente per il datore e proporzionato risarcimento del danno sofferto dalla vittima»²⁰¹.

In questo contesto, mi sembra innanzitutto che la violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza sia evidente per questa sanzione risarcitoria. La esiguità della indennità economica, oltre a non essere «ragionevole»²⁰², è tale da evitare qualsiasi effetto di deterrenza o dissuasivo e anzi stimola comportamenti opportunistici. Questa valutazione si fonda sul valore determinante della procedura di licenziamento secondo la Convenzione Oit n. 158/1982²⁰³ e sull'importanza del contraddittorio e del diritto alla difesa «riconosciuto come principio fondamentale dall'art. 24 Cost. e destinato, in quanto espressione di "valori di civiltà giuridica", a operare sempre quando vengano in considerazione poteri punitivi riconosciuti dall'ordinamento»²⁰⁴. In tale ambito, è la stessa scelta del legislatore – che reprime un vizio così importante con una somma pari alla metà di quanto previsto per l'illegittimità sostanziale del recesso – a rendere evidente la «sproporzione» tra sanzione e violazione. Infatti, il carattere fondamentale del diritto di difesa – certamente di importanza uguale rispetto all'assenza di giustificazione – avrebbe richiesto un'indennità risarcitoria di ammontare identico (o di poco ridotto) rispetto a quella dovuta nel

²⁰⁰ G. Orlandini, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 639.

²⁰¹ M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*. Relazione al XVII congresso nazionale Aidlass, «Il diritto del lavoro al tempo della crisi», Pisa, 7-9 giugno 2012, p. 1059, p. 33.

²⁰² G. Orlandini, *op. ult. cit.*, p. 646.

²⁰³ L'articolo 7 prevede che «un lavoratore non dovrà essere licenziato per motivi legati alla sua condotta o al suo lavoro prima che gli sia stata offerta la possibilità di difendersi contro le accuse formulate...».

²⁰⁴ M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity «all'italiana» a confronto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 559, a cui si rinvia per le indicazioni della giurisprudenza della Corte costituzionale ed europea. Si vedano le importanti osservazioni (con riferimenti anche alla giurisprudenza costituzionale) di L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, pp. 603 ss., spec. p. 607.

caso recesso ingiustificato. Mentre, in questo modo, l'effetto dissuasivo è pressoché inesistente.

Infine, anche in relazione all'art. 24 Cost., la nuova disciplina pone un problema di costituzionalità²⁰⁵, in considerazione del valore che, in base alle sentenze della Corte costituzionale n. 204/1982 e n. 427/1989, è attribuito alla contestazione dell'addebito e alla replica del lavoratore. La «monetizzazione» del vizio procedurale, che lascia al datore di lavoro la libertà di non consentire al lavoratore una possibile replica, rende... disponibile il diritto di difesa, in chiara violazione della norma costituzionale. In verità, il diritto al contraddittorio del lavoratore, per la sua importanza e alla luce dell'art. 24 Cost., dovrebbe incidere sulla esistenza stessa del potere di recesso (così come accadeva nella disciplina precedente)²⁰⁶. Questi profili di incostituzionalità sono estensibili anche al g.m.o. Infatti, il datore di lavoro, accollandosi il costo economico della mancata attivazione della procedura di conciliazione obbligatoria o dell'assenza della motivazione del recesso, può evitare di qualificare la causale del licenziamento e obbliga il lavoratore a impugnare il provvedimento «al buio»²⁰⁷. In tal

²⁰⁵ P. Alleva, *Proposta di emendamenti al d.d.l. sul mercato del lavoro, in particolare in tema di flessibilità in uscita*, in *www.dirittisocialiecittadinanza*, 17 aprile 2012, p. 5; C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2012, p. 581 (con riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale a cui si è prima rinviato); G. Cannati, *Profili di incostituzionalità della riforma dei licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2013, p. 303; L. Zoppoli, *Flex-insecurity. La riforma Fornero (legge 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Esi, Napoli, 2012, p. 144; M. Biasi, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 181/2013, csdle.lex.unict.it, 2013, p. 42.

²⁰⁶ Anche M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, p. 45, nota 163, aderisce a questa mia opinione.

²⁰⁷ P. Alleva, *op. ult. cit.*, p. 3; V. Speciale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, p. 313; R. Del Punta, *I problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli

modo, quindi, viene violato non il diritto al contraddittorio nel procedimento di comminazione del licenziamento, ma il diritto di difesa nel processo, perché il lavoratore non può contestare compiutamente le ragioni di un atto unilaterale di cui non conosce... la motivazione²⁰⁸. Senza dimenticare che, anche in relazione al licenziamento, sono valide le considerazioni prima fatte sulla esiguità dell'ammontare del risarcimento del danno.

Questi profili di incostituzionalità sono stati contestati o accolti con varie argomentazioni²⁰⁹. Le obiezioni alla mia interpretazione richiederebbero un approfondimento che qui non è possibile effettuare. Si è proposta, alla luce delle possibili violazioni dei principi nazionali ed europei, una «interpretazione costituzionalmente orientata [...] che porti a escludere dall'ambito di applicazione della tutela indennitaria dimidiata quanto meno i casi di mancanza totale della motivazione, da ricondurre all'ipotesi di insussistenza del fatto – e dunque alla tutela reintegratoria attenuata»²¹⁰. Tuttavia questa strada non mi sembra percorribile. Infatti l'interpretazione del dato normativo ai sensi della Costituzione è possibile soltanto quando dalla formulazione della legge sia possibile ricavare diverse letture tutte ugualmente plausibili²¹¹.

(a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, F. Angeli, Milano, 2013, p. 34.

²⁰⁸ V. Speziale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 539 ss.; Id., *Il licenziamento per giusta causa*, cit., pp. 312-313. In tal senso anche M. Biasi, *op. ult. cit.*, p. 42.

²⁰⁹ Per un riepilogo delle varie posizioni rinvio a M. Barbieri, *op. ult. cit.*, pp. 42 ss.; C. Pisani, *Le conseguenze dei vizi procedurali del licenziamento disciplinare dopo la legge n. 92 del 2012*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, pp. 271 ss.; G. Cannati, *op. ult. cit.*, pp. 202 ss.; M. Tremolada, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o giusta causa*, in C. Cester (a cura di), *Il licenziamento dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, pp. 130 ss.

²¹⁰ M. Barbieri, *op. ult. cit.*, p. 43. L'interpretazione correttiva è sostenuta da M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2012, p. 633, da G. Cannati, *op. ult. cit.*, p. 204, e da altri Autori (rinvio, per le citazioni, a M. Barbieri, *op. ult. cit.*, p. 43, nota 150).

²¹¹ F. Liso, *La Fiom e la rappresentanza in azienda*, in *Studi in onore di Mario Rusciano*, dattiloscritto, 2013, p. 1. «I giudici delle leggi hanno costantemente ribadito, in merito ai rapporti intercorrenti tra la facoltà di

Questa tesi, tra l'altro, è stata ribadita anche recentemente dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 231/2013 sull'art. 19 dello Statuto dei lavoratori, che ha rifiutato l'interpretazione adeguatrice proposta dalla giurisprudenza «risultando effettivamente univoco e non suscettibile di una diversa lettura l'art. 19, tale, dunque, da non consentire l'applicazione di criteri estranei alla sua formulazione letterale»²¹². Il nuovo art. 18, comma 6, non consente equivoci dal punto di vista del suo contenuto. Pertanto, se si ritiene che vi siano questioni di costituzionalità rilevanti, occorrerà sollecitare la Corte costituzionale a decidere sul punto²¹³.

La giurisprudenza sino a ora non ha rilevato alcun profilo di incostituzionalità (che peraltro non era stato sollevato).

La dottrina si è anche espressa in modo diverso in relazione ai casi in cui manchi la contestazione o essa sia così generica «da essere

sollevare questione di legittimità costituzionale e i poteri interpretativi propri dei giudici comuni e della Corte costituzionale, la posizione espressa negli ultimi anni, in base alla quale, *di fronte a più possibili interpretazioni*, allorché su nessuna di esse si sia formato un diritto vivente, il giudice rimettente deve fare uso dei propri poteri interpretativi allo scopo di valutare, preventivamente, se esiste la possibilità di superare i dubbi di costituzionalità attraverso un'interpretazione adeguatrice della disposizione denunciata, che la renda conforme ai principi costituzionali» (corsivo mio), in Corte costituzionale, *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2008*, in *Servizio studi Corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, 2009, p. 48.

²¹² Corte cost. 23 luglio 2013, n. 231, in archivio web www.dejure.it, p. 9.

²¹³ La contrarietà alla Costituzione è sostenuta anche da M. D'Onghia, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, p. 375; S. Brun, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, Padova, 2012, p. 209; O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 Stat. lav.*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Utet, Torino, 2013, p. 239. Anche M. Barbieri (*La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, p. 43) sembra propendere per la questione di costituzionalità nel caso sia di motivazione inesistente, sia di quella insufficiente.

quasi inesistente o comunque tale da non consentire la identificazione materiale del fatto contestato»²¹⁴. Queste ipotesi configurerebbero una situazione di «insussistenza» che dovrebbe comportare l'applicazione della reintegrazione²¹⁵. Questa interpretazione è stata accolta dal Tribunale di Campobasso²¹⁶, in un caso di licenziamento senza alcuna motivazione. Il giudice ritiene che «l'assenza di qualunque contestazione nella lettera di licenziamento sia ipotesi da ricondursi all'insussistenza del fatto contestato di cui al comma 4 dell'art. 18...» con conseguente applicazione della «reintegra attenuata» (p. 1).

In senso contrario, si è ribadito che una simile conclusione è preclusa dalla previsione di un apposito regime sanzionatorio. Inoltre la reintegrazione presuppone l'accertamento nel processo della «insussistenza» del fatto e non può riguardare la sua mancata specificazione nella fase stragiudiziale precedente²¹⁷. Mi sembra che questa seconda opinione sia più corretta. La legge penalizza la violazione formale e procedurale con il risarcimento, e solo se nel procedimento giurisdizionale non si dimostrano i requisiti sostanziali di legittimità del recesso si applicheranno i diversi regimi sanzionatori previsti dai commi 4 e 5 dell'art. 18.

²¹⁴ R. Romei, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 1079.

²¹⁵ R. Romei, *op. ult. cit.*, p. 1079; R. Del Punta, *I problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, F. Angeli, Milano, 2013, pp. 34-35; F. Carinci, *Ripensando il «nuovo» art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, p. 481, a cui adde M. Marazza, *op. ult. cit.*, p. 633; M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, Padova, 2012, p. 454; G. Cannati, *Profili di incostituzionalità della riforma dei licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 204, e gli altri Autori citati da M. Biasi, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 181/2013, *csdle.lex.unict.it*, 2013, p. 43, nota 186.

²¹⁶ Giudice Scarlatelli – r.g. n. 14/2013.

²¹⁷ M. Tremolada, *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 Stat. lav.*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero (legge n. 92/2012 e legge n. 134/2012)*, Ipsoa, Milano, 2012, p. 57.

Non mi pare, invece, che la possibilità per il lavoratore di difendersi nel processo, dove il datore di lavoro «dovrebbe comunque scoprire le carte», sia tale da eliminare i profili di incostituzionalità da me sottolineati²¹⁸. Se tutto fosse risolvibile in questo modo, il diritto di difesa prima dell'accertamento giurisdizionale sarebbe privo di qualsiasi rilievo e non è questa l'opinione della Corte costituzionale, secondo la quale «principi di civiltà giuridica e innegabili esigenze di assicurazione della parità di trattamento garantita dal precetto costituzionale (art. 3 della Costituzione) richiedono che a favore del lavoratore, colpito dalla più grave delle sanzioni disciplinari, quale è quella espulsiva, con perdita del posto di lavoro e lesione della dignità professionale e personale, siano assicurate le garanzie previste dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori specificamente a favore di colui al quale è stata inflitta una sanzione disciplinare»²¹⁹. D'altra parte, l'art. 24 Cost. implica anche il diritto a un accesso pieno alla tutela giurisdizionale, inteso come capacità di organizzare la propria difesa nel momento di proposizione delle proprie domande all'atto di instaurazione del processo e non solo durante il suo svolgimento.

Le prime decisioni in materia hanno ritenuto di applicare la tutela risarcitoria ridotta (tra 6 e 12 mensilità) nel caso di una comunicazione «stringata» e priva di una specifica motivazione (con

²¹⁸ R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 34, che aderisce alla tesi di C. Pisani, *Le conseguenze dei vizi procedurali del licenziamento disciplinare dopo la legge n. 92 del 2012*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, pp. 271 ss. e 274-275.

²¹⁹ Corte cost. 25 luglio 1989, n. 4278, in archivio web www.dejure.it, p. 3. Infatti, continua la Corte, «il lavoratore deve essere posto in grado di conoscere l'infrazione contestata, la sanzione e i motivi; deve essere, inoltre, posto nella condizione di difendersi adeguatamente, di fare accertare l'effettiva sussistenza dell'addebito in contraddittorio con l'altra parte, cioè il datore di lavoro». E, per queste ragioni, secondo i giudici delle leggi, l'art. 7 si estende a tutti i lavoratori indipendentemente o meno dall'applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Non mi sembra, dunque che la sentenza della Corte possa essere letta come non fondativa di un diritto costituzionalmente garantito alla difesa stragiudiziale (C. Pisani, *op. ult. cit.*, p. 272). Si veda, peraltro, anche Corte cost. n. 204/1982.

conseguente violazione dell'art. 2, legge n. 604/1966)²²⁰. Si è affermato che la violazione dei termini per l'espletamento della procedura di contestazione previsti dal Ccnl determina la medesima sanzione²²¹. Infine, il risarcimento è stato riconosciuto in un caso di contestazione generica²²². Le ordinanze, dunque, applicano alla lettera la nuova disposizione²²³. In passato la giurisprudenza aveva già ritenuto che la motivazione insufficiente o priva di specificità doveva essere equiparata a quella mancante²²⁴ e questo orientamento viene quindi confermato. Inoltre l'art. 18, comma 6, reprime le violazioni procedurali in generale. Si utilizza quindi una formulazione diretta a sanzionare il mancato rispetto di tutti i limiti – temporali e sostanziali – a garanzia del diritto di difesa o a tutela del lavoratore (come i termini di decadenza).

La giurisprudenza, infine, si è occupata anche della violazione del principio della immediatezza della contestazione e irrogazione del recesso, con le decisioni già analizzate (vd. retro, par. 6).

²²⁰ Trib. Milano 9 marzo 2013 – giudice Scarzella –, r.g. n. 31/2013, relativa a un licenziamento per superamento del periodo di comporto senza alcun riferimento temporale alla durata delle assenze.

²²¹ Trib. Ancona 31 gennaio 2013 – giudice Sbrano.

²²² Trib. Milano 22 gennaio 2013 – giudice Cuomo –, r.g. n. 14951/2012).

²²³ Tra queste, anche Trib. Messina 25 marzo 2013 – giudice Di Bella –, r.g. n. 6182/2012, secondo la quale, «come si evince dalla lettura delle norme in commento, la violazione della procedura di cui all'art. 7 della legge n. 300/1970 comporta adesso unicamente la possibilità di applicare la tutela risarcitoria e non quella reintegratoria...» (p. 5).

²²⁴ M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, 43; Cass. 11 febbraio 2013, n. 3175.

9 LE VIOLAZIONI PROCEDURALI NEL LICENZIAMENTO ECONOMICO

L'articolo 7 della legge n. 604/1966, riformato in modo sostanziale dalla legge n. 92/2012²²⁵, ha introdotto un tentativo obbligatorio di conciliazione per il licenziamento per g.m.o. L'interpretazione della disposizione ha sollecitato diverse opinioni sull'ambito di applicazione della nuova legge. Infatti, alcuni Autori hanno ritenuto che la procedura dovrebbe essere esperita solo per i licenziamenti economici o, comunque, relativi a ragioni attinenti all'impresa²²⁶. Altra parte della dottrina, invece, ha sostenuto che il tentativo di conciliazione andrebbe esteso anche al g.m.o. connesso alla persona del lavoratore²²⁷.

A mio giudizio questa seconda interpretazione non è basata né sulla formulazione letterale della legge, né sulla stessa finalità perseguita dall'art. 7 della legge n. 604/1966. Per quanto attiene al primo aspetto, la disposizione riguarda il «licenziamento per giustificato motivo oggettivo di cui all'articolo 3, seconda parte, della presente legge» e quindi quello determinato «da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa». Non vi è dubbio che, in primo luogo, questa previsione non

²²⁵ Art. 1, comma 40, legge n. 92/2012.

²²⁶ P. Tullini, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 157; G. Cannella, *I licenziamenti con vizi di forma e di procedura*, in F. Amato, R. Sanlorenzo (a cura di), *La legge n. 92 del 2012 (riforma Fornero): un'analisi ragionata*, in *www.magistraturademocratica.it*, 2012, p. 181.

²²⁷ D. Borghesi, G. Pellacani, *La procedura preventiva in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in G. Pellacani (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 254; P. Sordi, *Le modifiche alla disciplina dei licenziamenti individuali*, in Id. (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 235-236 (con esclusione, peraltro, del licenziamento per superamento del periodo di comporto); F. Scarpelli, *Il licenziamento individuale per motivi economici*, in M. Fezzi, F. Scarpelli (a cura di), *Guida alla riforma Fornero*, I Quaderni di Wikilabour, Milano, 2012, p. 85.

può riguardare il licenziamento per superamento del periodo di comporto. Anche prima della riforma, la dottrina²²⁸ e la giurisprudenza²²⁹ avevano ricostruito queste ipotesi di recesso come fattispecie autonome dal g.m.o. di cui all'articolo 3, legge n. 604/1966, con un orientamento oggi confermato dalla riforma. Infatti, anche se il recesso del lavoratore in malattia viene qualificato «per motivo oggettivo», tuttavia il comma 7 dell'articolo 18 lascia chiaramente intendere come si tratti di un'ipotesi di licenziamento completamente distinta da quello economico (regolato dal secondo periodo e da quelli successivi del medesimo comma). Questa conclusione, a maggior ragione, può essere estesa all'ipotesi del recesso per inidoneità fisica o psichica del lavoratore, che in passato era stato ricondotto dalla dottrina e dalla giurisprudenza nell'ambito del g.m.o.²³⁰. Oggi, invece, la riforma ha introdotto una nuova fattispecie onnicomprensiva di g.m.o. per ragioni inerenti al lavoratore che si distingue nettamente dal licenziamento economico per eventi connessi alla sfera dell'impresa.

L'interpretazione letterale e sistematica dell'articolo 7 della legge n. 604/1966, dell'articolo 3 della medesima legge e del comma 7 del nuovo articolo 18 non possono dunque che condurre alla conclusione che la procedura conciliativa preventiva riguarda soltanto il g.m.o. «tradizionale» (crisi d'impresa, innovazione tecnologica ecc.). D'altra parte, tutto il dibattito antecedente alla riforma dimostra come il tentativo di conciliazione avesse la finalità di garantire una soluzione alternativa al recesso motivato da ragioni economiche. E questo obiettivo perseguito dalla legge trova conferma nella previsione dell'applicazione delle disposizioni in materia di Aspi e della possibilità di utilizzare un'Agenzia per il lavoro

²²⁸ M. Salvalaio, *La procedura preventiva di conciliazione*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, p. 240 (a cui si rinvia per le indicazioni bibliografiche).

²²⁹ Tra le tante vd. Cass. 23 gennaio 2013, n. 1568; Cass. 20 maggio 2013, n. 12233.

²³⁰ Si rinvia, per tutti, a L. Calcaterra, *La giustificazione oggettiva del licenziamento, tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009. In giurisprudenza, tra le tante, cfr. Cass. 29 marzo 2010, n. 7531; Cass. 29 luglio 2013, n. 18196.

per favorire la ricollocazione professionale del soggetto interessato, in una dimensione, quindi, strettamente attinente alla necessità di fornire sostegno al reddito e all'occupazione per un lavoratore licenziato per soppressione del posto di lavoro.

La giurisprudenza, influenzata dalle diverse interpretazioni della dottrina, ha fornito risposte contrastanti²³¹. Il Tribunale di Milano del 22 marzo 2013²³² e il Tribunale di Perugia del 14 marzo 2012²³³ – il primo riferito al superamento del periodo di comporta, il secondo al un recesso per inidoneità psicofisica – hanno ritenuto applicabile il tentativo di conciliazione. Il giudice perugino ha fondato la sua decisione sulla osservazione che, secondo quanto sostenuto dalla Cassazione, la inidoneità al lavoro costituisce una ipotesi di g.m.o. di licenziamento (p. 178). Il magistrato, come è evidente, non ha tenuto conto del nuovo assetto della materia dato dalla riforma, che ha distinto tipologie differenti di g.m.o., con diversi effetti e oneri procedurali. Una conclusione estensibile anche al superamento del periodo di comporta, che, tra l'altro, non è mai stato riconducibile al giustificato motivo.

In senso contrario si sono espressi il Tribunale di Milano del 5 marzo 2013²³⁴, il Tribunale di Teramo del 12 giugno 2013²³⁵ (in relazione all'art. 2110 cod. civ.) e il Tribunale di Taranto del 16 gennaio 2013²³⁶ (inidoneità fisica), con riferimento sia alla formulazione letterale della legge sia alla finalità dell'art. 7, legge n. 604/1966,

²³¹ Si rinvia, per l'analisi di alcune delle sentenze indicate nel testo, a M. Biasi, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 181/2013, *csdle.lex.unict.it*, 2013, pp. 45 ss.

²³² Giudice Atanasio – r.g. n. 1299/2013.

²³³ Giudice Claudiani – r.g. n. 1843/2012 –, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 178 ss.

²³⁴ Giudice Casella – r.g. n. 96/2013.

²³⁵ Giudice Marcheggiani – r.g. n. 636/2013.

²³⁶ Giudice Sodo, in M. Barbieri, D. Dalfino, *op. ult. cit.*, pp. 215 ss.

secondo quanto da me esposto in precedenza²³⁷. La decisione del giudice tarantino è stata fortemente criticata, ma con argomentazioni che fanno leva soprattutto sulla «giurisprudenza antecedente la legge Fornero» che «ha costantemente ricondotto al giustificato motivo oggettivo tali fattispecie»²³⁸. Il nuovo art. 18, come si è detto, ha riformulato completamente l'intera materia. È vero poi che nel tentativo di conciliazione si potrebbe valutare la possibile ricollocazione dell'inidoneo al lavoro in altre mansioni e che vi sarebbe, quindi, una giustificazione alla estensione della procedura anche a questa ipotesi di licenziamento²³⁹. Tuttavia, le ragioni di ordine letterale, sistematico e le finalità della legge in precedenza descritte non mi pare consentano di giungere a questa conclusione.

Il Tribunale di Chieti del 9 gennaio 2013²⁴⁰ ha ritenuto che, in un licenziamento per g.m.o. connesso alla cessazione di un appalto, il mancato espletamento della procedura conciliativa rientra nell'ambito del comma 6 dell'art. 18 e ha condannato il datore di lavoro al pagamento di 7 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Il legislatore, nell'estate 2013, ha modificato il comma 6 dell'articolo 7 della legge n. 604/1966²⁴¹ e ha previsto che la procedura conciliativa «non trova applicazione in caso di licenziamento per

²³⁷ Il Tribunale di Milano del 5 marzo 2013, tra l'altro, sottolinea come la circolare del ministero del Lavoro n. 3 del 16 gennaio 2013 espressamente esclude che il licenziamento per superamento del periodo di comporto possa essere ricondotto al g.m.o.

²³⁸ M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, p. 47.

²³⁹ M. Biasi, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 181/2013, *csdle.lex.unict.it*, 2013, pp. 46 ss.; M. Barbieri, *op. ult. cit.*, pp. 46-47.

²⁴⁰ Giudice Ciarcia, in M. Barbieri, D. Dalfino, *op. ult. cit.*, pp. 149 ss.

²⁴¹ Art. 7, comma 4, del d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 99.

superamento del periodo di comporto di cui all'articolo 2110 del codice civile, nonché per i licenziamenti e le interruzioni del rapporto di lavoro a tempo indeterminato di cui all'articolo 2, comma 34, della legge 28 giugno 2012, n. 92»²⁴². Se dunque oggi il problema può dirsi superato per quanto attiene il recesso per malattia, la questione rimane aperta in relazione al licenziamento per inidoneità fisica o psichica del lavoratore. Si potrebbe sostenere che si tratta di una mera dimenticanza della legge, vista l'identità di situazioni tra le due ipotesi di recesso entrambe connesse a vicende personali del lavoratore. Tuttavia, vi è oggi una disposizione che stabilisce tassativamente quali sono le ipotesi nelle quali il tentativo obbligatorio di conciliazione non deve essere applicato. Pertanto, non mi sembra che si possa giungere a questa conclusione, in palese contrasto con il canone fondamentale dell'interpretazione letterale della norma. Si deve quindi ritenere che la procedura conciliativa vada applicata anche in presenza di un licenziamento per sopravvenuta inidoneità, dove evidentemente l'incontro tra le parti è finalizzato a verificare altre possibilità di ricollocamento del medesimo lavoratore nella stessa azienda o in diverse realtà produttive²⁴³.

La mancata presentazione di una o di entrambe le parti al tentativo di conciliazione è valutata dal giudice ai sensi dell'art. 116 cod. proc. civ. Questa innovazione consente quindi al magistrato di tenere in considerazione l'atteggiamento delle parti non solo per l'individuazione del quantum risarcitorio eventualmente dovuto²⁴⁴,

²⁴² L'art. 2, comma 34, della legge n. 92/2013 riguarda i licenziamenti effettuati a seguito di un cambio di appalto con successiva assunzione presso il datore di lavoro subentrante in base a clausole collettive di garanzia occupazionale, nonché i recessi dai contratti di lavoro a tempo indeterminato nel settore delle costruzioni per il completamento delle attività e chiusura del cantiere.

²⁴³ In tal senso M. Biasi, *op. ult. cit.*, p. 46, «anche in considerazione della presenza in ipotesi di uno specifico obbligo di *repechage ex lege*, assente in tutti gli altri casi, compreso quello di superamento del periodo di comporto».

²⁴⁴ Il comma 8 dell'art. 7 stabilisce, infatti, che «il comportamento complessivo delle parti, desumibile anche dal verbale redatto in sede di commissione provinciale di conciliazione e dalla proposta conciliativa

ma anche come «argomento di prova» sulla sussistenza della causale del recesso²⁴⁵. Ovviamente la mancata comparizione non potrà di per sé giustificare l'illegittimità del licenziamento, ma costituirà un elemento di valutazione che si inserisce nel giudizio complessivo che il giudice è chiamato a effettuare.

Si può inoltre concordare con chi ha affermato che il mutamento di motivazione tra quella espressa nella procedura conciliativa e quella successivamente contenuta nella lettera di licenziamento costituirebbe un'ammissione della insussistenza del fatto economico posto a base del recesso, con il regime sanzionatorio della «reintegra attenuata» e non con il mero risarcimento del danno per violazione degli oneri procedurali²⁴⁶.

10 IL LAVORO PUBBLICO

Un problema estremamente delicato è quello dell'applicazione del nuovo art. 18 al lavoro pubblico. Tutto nasce dalla infelice e maldestra previsione dei commi 7 e 8 dell'articolo 1 della legge n. 92/2012²⁴⁷, che presentano delle «vistose illogicità»²⁴⁸. In particolare la prima norma prevede che «le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto,

avanzata dalla stessa, è valutato dal giudice per la determinazione dell'indennità risarcitoria di cui all'articolo 18, comma 7, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, e per l'applicazione degli articoli 91 e 92 del codice di procedura civile».

²⁴⁵ M. Biasi, *op. ult. cit.*, pp. 47 ss.

²⁴⁶ F. Rossi, B. De Mozzi, *I licenziamenti inefficaci*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, p. 198; conf. M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, p. 47.

²⁴⁷ Le parole usate nel testo sono riferibili a F. Carinci, *Ripensando il «nuovo» art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, p. 470; C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2012, p. 549.

²⁴⁸ C. Romeo, *La legge «Fornero» e il rapporto di impiego pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2012, sez. I, pp. 720 ss.

costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, in coerenza con quanto disposto dall'articolo 2, comma 2, del medesimo decreto legislativo...». Il successivo comma 8 stabilisce che «al fine dell'applicazione del comma 7 il ministro della Pubblica Amministrazione e la Semplificazione [...] individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche».

La formulazione ambigua della legge ha dato vita a un dibattito dottrinario intensissimo, con Autori che hanno affermato l'estensione al lavoro pubblico del nuovo articolo 18 e altri che lo hanno negato, ritenendo ancora in vigore il testo preesistente. Inoltre, si è anche detto che per il pubblico impiego non vi sarebbe più una disciplina specifica²⁴⁹. La questione è così complessa da non poter certo essere esaminata in questa sede e mi limiterò a qualche osservazione.

Il comma 7 dell'art. 1, che è la disposizione chiave, contiene un inciso («Le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri...») che lascia spazio a diverse interpretazioni. Si è in primo luogo obiettato che «quel "per quanto" non può logicamente riferirsi a tutto quello che è regolato nel testo normativo, perché allora sarebbe da quel che non vi è regolato che si dovrebbe procedere a dedurre i detti "principi e criteri" per il pubblico impiego privatizzato»²⁵⁰. In verità, l'espressione «per quanto da esse non» può essere letta come

²⁴⁹ Nonostante il poco tempo trascorso dall'entrata in vigore della riforma, la bibliografia su questo specifico aspetto è sterminata. Rinvio, per l'esame di tutte le problematiche e per l'indicazione degli Autori, a M. Barbieri, *op. ult. cit.*, pp. 47 ss.; R. Del Punta, *I problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, F. Angeli, Milano, 2013, pp. 35 ss.; A. Pilati, *Sull'inapplicabilità del nuovo art. 18 Stat. lav. al lavoro pubblico privatizzato*, *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 187/2013, pp. 2 ss.

²⁵⁰ F. Carinci, *op. ult. cit.*, pp. 470-471.

«salvo quanto da esse espressamente previsto»²⁵¹. Il che ci riporta alla obiezione sopra indicata: i «principi e criteri» dovrebbero essere desunti da... quanto non scritto nella legge (che è una conclusione evidentemente assurda)²⁵².

Inoltre, l'espressione «salvo quanto da esse non espressamente previsto», dal punto di vista linguistico, può avere un duplice significato. Il primo è quello secondo il quale tutte le norme della legge n. 92/2012 sono direttamente applicabili al lavoro pubblico. Oppure queste parole possono voler dire che «le disposizioni della legge n. 92/2012, ove non siano da quest'ultima espressamente dichiarate applicabili (o non applicabili) anche ai rapporti di lavoro privatizzati di dipendenti delle pubbliche amministrazioni, costituiscono meri "principi e criteri per la regolazione" dei predetti rapporti»²⁵³. Infatti, «l'espressa previsione» potrebbe essere intesa come necessità che la legge specifichi quando sia applicabile o quando invece non debba avere effetti regolativi nelle p.a.²⁵⁴.

La polisemia semantica della disposizione impone di verificare se, in base al criterio di interpretazione sistematica, sia possibile trovare in altre norme degli elementi che consentano di propendere per l'una o l'altra lettura. In realtà, gli ulteriori riferimenti contenuti nella legge n. 92 non sono di grande aiuto. Ad esempio, l'articolo 1,

²⁵¹ A conclusioni analoghe mi sembra giunga R. Del Punta (op. ult. cit., p. 37), quando afferma che l'inciso va letto come se affermasse «fatte salve diverse disposizioni».

²⁵² Pertanto, anche la diversa lettura delle parole contenute nell'inciso non risolve la contraddizione insita nelle parole utilizzate.

²⁵³ A. Pilati, *op. ult. cit.*, pp. 9-10, a cui si rinvia per l'indicazione di altri Autori che aderiscono a questa lettura.

²⁵⁴ F. Carinci (*Ripensando il «nuovo» art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, p. 471) ritiene che le parole del comma 7 si riferiscono a quanto «previsto esplicitamente anche per il pubblico impiego privatizzato, che viene così direttamente e immediatamente disciplinato». In realtà questa interpretazione non giustificherebbe le disposizioni, contenute nella legge n. 92/2012, che invece escludono l'applicabilità della riforma al lavoro pubblico (vd. *infra*, nel testo) e che hanno un senso soltanto se la legge deve dire espressamente sia ciò che è esteso al lavoro pubblico, sia ciò che è escluso.

comma 31, nel modificare l'articolo 3 del d.lgs. n. 276/2003, prevede che «il ricorso a prestazioni di lavoro accessorio da parte di un committente pubblico è consentito nel rispetto dei vincoli previsti dalla vigente disciplina in materia di contenimento delle spese di personale e, ove previsto, dal patto di stabilità interno». La disposizione può avere un senso per entrambi i significati prima descritti. Se l'inciso del comma 7 va inteso come applicazione diretta al lavoro pubblico di tutta la legge Fornero, la norma sul lavoro accessorio specifica che l'applicazione, già in precedenza espressa, è qui condizionata a determinati presupposti (vincoli di spesa), con la limitazione quindi della sua possibile efficacia regolativa. Se al contrario esso va letto come necessità di una dichiarazione espressa di applicazione anche alle pubbliche amministrazioni, la disposizione conferma che il lavoro accessorio può essere utilizzato, a certe condizioni, anche in tale ambito.

L'articolo 2, comma 2, della legge n. 92/2012 prevede che l'Aspi è esclusa per i dipendenti a tempo indeterminato delle pubbliche amministrazioni. Il comma 29 del medesimo articolo stabilisce poi che il contributo addizionale dell'1,4% per i contratti a tempo determinato non riguarda i lavoratori delle p.a. Anche queste disposizioni sono coerenti con tutte e due le letture proposte del comma 7 dell'art. 1 della legge n. 92/2012. Esse, infatti, potrebbero o essere considerate come deroga alla regola generale di applicazione diretta di tutta la disciplina normativa della riforma Fornero, o come disposizioni che espressamente dichiarano non applicabili al lavoro pubblico alcune regole pensate per quello privato²⁵⁵.

²⁵⁵ Non concordo, quindi, con quanto affermato da R. Del Punta, op. ult. cit., p. 38, secondo il quale, soprattutto per l'esclusione dal contributo addizionale, «non si vede perché il legislatore avrebbe dovuto intervenire per sancire tale esenzione, se già tutto l'istituto del contratto a termine pubblico fosse stato esentato». Se l'inciso del comma 7, infatti, viene interpretato come necessità che la legge dichiari espressamente non solo l'applicabilità, ma anche l'inapplicabilità al lavoro pubblico di certe disposizioni contenute nella riforma del 2012, è evidente che la norma doveva necessariamente specificare che quel disposto normativo non poteva essere esteso anche alle pubbliche amministrazioni.

Non mi sembra, dunque, che la soluzione del problema possa essere trovata in queste disposizioni. Analoghe considerazioni possono essere fatte per quelle norme che estendono al lavoro pubblico tutte le regole proprie di quello privato (come l'articolo 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001) o che sanciscono l'applicabilità dello Statuto dei lavoratori anche alle pubbliche amministrazioni (art. 51, comma 2, d.lgs. n. 165/2001). Queste disposizioni, effettivamente, introducono tecniche di «rinvio mobile» che consentono di estendere automaticamente alle p.a. le discipline del lavoro privato. Si tratta peraltro di norme di carattere generale che possono essere eventualmente derogate da disposizioni speciali riferite a un singolo corpus normativo. Ed è questo il valore che verrebbero ad assumere i commi 7 e 8 dell'articolo 1 della legge n. 92/2012, che introdurrebbero quindi regole particolari escludenti quelle di portata più ampia.

Forse l'unica soluzione al problema è quella di individuare la ratio di queste disposizioni, finalizzate evidentemente a escludere una diretta applicabilità di tutta la riforma Fornero al lavoro pubblico, con l'intento invece di favorire un processo di armonizzazione che ne avrebbe consentito un adattamento più graduale e razionale²⁵⁶. D'altra parte: se l'inciso del comma 7 dovesse essere interpretato nel senso di prevedere che tutte le disposizioni della legge n. 92/2012 sono direttamente applicabili alle p.a., di fatto non si comprende cosa rimarrebbe della legge tale da poter costituire «principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni». Paradossalmente, solo quelle poche disposizioni espressamente vietate per il lavoro pubblico verrebbero a costituire principi e criteri, mentre la stragrande maggioranza dei contenuti della riforma – pur nei limiti necessari di un giudizio di compatibilità – avrebbe un'immediata efficacia diretta per gli impiegati pubblici. Il che peraltro costituirebbe

²⁵⁶ Su questa finalità della riforma cfr. A. Pilati, *Sull'inapplicabilità del nuovo art. 18 Stat. lav. al lavoro pubblico privatizzato*, W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 187/2013, p. 9 (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

una palese violazione di un intento della legge che, nei commi 7 e 8, fa dell'armonizzazione il suo nucleo fondamentale²⁵⁷.

Non a caso ho utilizzato, per la soluzione proposta, una formulazione dubitativa. Il legislatore si è mosso con espressioni linguistiche poco appropriate che sollecitano le soluzioni interpretative più disparate. Senza dimenticare l'incoerenza del mantenimento di due diverse versioni dell'articolo 18, una più «rigida» per il lavoro pubblico e una più «flessibile» per quello privato, con evidente frantumazione degli statuti normativi e messa in discussione della privatizzazione del pubblico impiego che ha costituito l'asse portante (pur con qualche ripensamento) delle riforme realizzate negli ultimi anni. Tuttavia mi sembra che l'unico modo per dare un senso a un vero e proprio «guazzabuglio» normativo sia quello indicato. Questa soluzione, comunque, è quella adottata dalla dottrina maggioritaria²⁵⁸.

La giurisprudenza, al contrario, è orientata in misura assolutamente prevalente nel ritenere che il nuovo art. 18 sia applicabile anche al lavoro pubblico. Questa conclusione viene basata in primo luogo sull'art. 51 del d.lgs. n. 165/2001 (e sul rinvio mobile della disposizione a tutte le successive modifiche e integrazioni dello Statuto dei lavoratori)²⁵⁹. In altre decisioni vi è il riferimento anche all'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, che estende tutte le leggi in materia di lavoro privato al settore pubblico²⁶⁰.

²⁵⁷ Senza dimenticare l'assurdità di «principi e criteri» desunti da quanto «non scritto».

²⁵⁸ Rinvio a A. Pilati, *op. ult. cit.*, p. 19, per le indicazioni bibliografiche.

²⁵⁹ Trib. Bari 14 gennaio 2013 – giudice Vernia –, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 118 ss.; Trib. S. Maria Capua Vetere 2 aprile 2013 – giudice Cervelli –, *ivi*, pp. 213 ss.; Trib. Terni 14 dicembre 2012 – giudice Piantadosi –, *ivi*, pp. 222 ss.; Trib. Ancona 31 marzo 2013 – giudice Sbano –, Trib. Perugia 15 gennaio 2013 (in sede di reclamo – giudice Claudiani – e a conferma di Trib. Perugia 9 novembre 2012).

²⁶⁰ Trib. Bari 14 gennaio 2013, *cit.*, pp. 119-120.

L'inciso contenuto nel comma 7 dell'art. 1 della legge n. 92/2012 («per quanto da esse non espressamente previsto») è stato letto come riferito alle norme direttamente previste dalla legge n. 92 che si applicano immediatamente al pubblico impiego (come, ad esempio, l'art. 1, comma 32, della legge n. 92/2012 che amplia il ricorso al lavoro accessorio). Mentre questa formulazione non riguarderebbe «le norme modificative della stessa legge che si estendono a tale settore quando vi sia una legge anteriore che abbia esplicitamente esteso alla p.a. gli istituti modificati»²⁶¹. Questa regola anteriore andrebbe rinvenuta nell'art. 51 del d.lgs. n. 165/2001.

Un'altra decisione ritiene che il comma 8 dell'art. 1 va interpretato nel senso che «esso si riferisca a quei corpora normativi (si pensi tra tutti al contratto di lavoro a tempo, per il quale l'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, prevede una regolamentazione in parte difforme da quella di cui alla legge n. 368/2001) che ancora si presentavano (e si presentano) parzialmente divergenti tra il rapporto di lavoro pubblico e quello privato (tale non è l'ipotesi dell'art. 18 Stat. lav.) ed è stato dettato al precipuo fine di evitare che l'espressa qualificazione della novella del 2012 come principi e criteri regolatori del lavoro pubblico potesse essere interpretata come estensione e applicabilità tout court dei primi al secondo»²⁶².

Una ordinanza respinge la possibile coesistenza tra due diversi contenuti dell'art. 18 (per il lavoro privato e pubblico)²⁶³, e un'altra sottolinea che questa interpretazione solleverebbe problemi di costituzionalità per una diversità così radicale del regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo in ciascun settore di riferimento²⁶⁴.

²⁶¹ Trib. Bari 14 gennaio 2013, cit., p. 119.

²⁶² Trib. Santa Maria Capua Vetere 2 aprile 2013 – giudice Cervelli –, in M. Barbieri, D. Dalfino, *op. ult. cit.*, p. 214.

²⁶³ Trib. Bari 14 gennaio 2013 – giudice Vernia –, cit., pp. 119-120.

²⁶⁴ Trib. Ancona 31 marzo 2013 – giudice Sbanò –, p. 3.

In senso contrario si è espresso il Tribunale di Catanzaro del 14 maggio 2013²⁶⁵ (265). Il giudice ha ritenuto che «le finalità della riforma del mercato del lavoro appaiono ritagliate a misura del lavoro privato, con l'evidente corollario che il [...] comma 7 dell'art. 1, seppure di infelice formulazione, non può che essere letto come presidio dei dichiarati obiettivi normativi, apparendo del tutto coerente l'esclusione del lavoro pubblico dall'ambito del nuovo complesso normativo» (p. 4). In questo contesto, le parole «per quanto da esse non espressamente previsto» vanno interpretate nel senso che l'estensione al lavoro pubblico delle regole della legge n. 92/2012 richiede disposizioni espresse. Poiché non esiste alcuna norma che affermi che il nuovo art. 18 debba essere applicato nelle p.a., in questo ambito continua a produrre i suoi effetti «il testo "storicizzato" dell'art. 18, legge n. 300/1970, vigente alla data di entrata in vigore della legge di riforma» (p. 5).

La varietà dei ragionamenti espressi dalla giurisprudenza dimostra l'incertezza del quadro interpretativo. L'argomentazione fondamentale è basata sull'art. 51, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001. Tuttavia questa disposizione (come pure l'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001) è una norma generale che potrebbe essere derogata dal carattere speciale della regolazione prevista dai commi 7 e 8 dell'art. 1 della legge n. 92/2012, che ne esclude l'applicazione²⁶⁶. La interpretazione dell'inciso contenuto nella prima parte del comma 7 dell'art. 1 ha dato vita alle soluzioni più diverse e non mi pare si ne sia colta la varietà di significati che esso può avere. L'impressione, comunque, è che la giurisprudenza intenda evitare differenti regimi sanzionatori nel licenziamento nel settore pubblico e privato e, in

²⁶⁵ Giudice Murgida.

²⁶⁶ In altro modo si è affermato che il rinvio mobile dell'art. 51 «vale solo se e in quanto le successive "modificazioni e integrazioni" non abbiano escluso di poter essere applicabili anche ai pubblici dipendenti privatizzati» (F. Carinci, *Ripensando il «nuovo» art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, pp. 471-472). E si è sottolineato che, «al riguardo, si deve ribadire che i commi 7 e 8 dell'art. 1 della legge n. 92/2012 hanno proprio questo effetto impeditivo» (A. Pilati, *Sull'inapplicabilità del nuovo art. 18 Stat. lav. al lavoro pubblico privatizzato*, *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 187/2013, p. 15).

questa opera di razionalizzazione, utilizzi l'ambiguità del testo per arrivare a queste conclusioni.

L'orientamento giurisprudenziale minoritario valorizza soprattutto la ratio della riforma e, alla luce delle sue finalità, dà una lettura «orientata» del comma 7 dell'art. 1, che, tra l'altro, potrebbe essere una delle due possibili interpretazioni suggerite dalla disposizione.

In questo contesto, più che un'armonizzazione effettuata dal ministro della Pubblica Amministrazione, occorrerebbe un intervento legislativo diretto a chiarire un testo certamente assai scadente dal punto di vista della tecnica di redazione delle disposizioni.

11 CONCLUSIONI

Alcune considerazioni conclusive. La riforma dei licenziamenti e la sua valutazione in termini di «efficienza economica» esprimono una crisi dello statuto epistemologico del Diritto del lavoro, di cui sono espressione anche altre importanti riforme intervenute negli ultimi anni. Non credo che questa tendenza, ormai in atto da tempo, sia destinata a essere modificata e credo, anzi, che al contrario la «colonizzazione» da parte dell'economia sia destinata a durare nel tempo. Spetta ai giuristi del lavoro difendere i «confini» di questa materia e ribadire la specificità della razionalità giuridica e i valori da essa tutelati.

Per quanto riguarda la giurisprudenza mi pare che alcune delle opzioni interpretative della dottrina più «radicali» non siano state accolte. Mi riferisco in particolare alla tesi secondo cui tutti (o quasi) i licenziamenti ingiustificati sono discriminatori e impongono la reintegra e a quella secondo la quale il risarcimento del danno è la regola generale in caso di recesso ingiustificato e la reintegrazione costituisce soltanto una *extrema ratio*. I giudici sembrano muoversi tra soluzioni interpretative che si sforzano di collocare la riforma nel sistema giuridico, operando su numerosi «varchi» lasciati da un testo che consente letture diverse soprattutto per la logica compromissoria che lo anima. In sede di primo bilancio, credo che

si possa affermare che sino a ora prevale una linea «intermedia». La giurisprudenza, pur non disconoscendo le innovazioni introdotte dalla riforma – che certamente liberalizza la disciplina dei licenziamenti –, legge le nuove regole nell’ambito dei principi generali in materia di recesso desumibili da altre fonti normative (come, ad esempio, le nozioni di giusta causa o giustificato motivo) o da norme mai abrogate (l’art. 2106 cod. civ.) o dalle stesse scelte operate dall’autonomia collettiva.

Indubbiamente su alcuni aspetti – l’ambito di operatività del risarcimento del danno e della «reintegrazione attenuata» – vi sono ancora contrasti che impediscono di comprendere la possibile evoluzione della giurisprudenza. Dovremo quindi attendere ulteriori sviluppi e ritengo che solo tra qualche anno si potrà esprimere una valutazione più completa sull’assetto della materia.

Dismissals in Japan

Part One: How Strict is Japanese Law on Employers?

Kazuo Sugeno
Keiichi Yamakoshi*

JAPAN LABOR REVIEW

Volume 11 (2014), issue 2, pp. 83-92

INTRODUCTION

In its 2004 Employment Outlook, the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) estimated that the legal protection of permanent workers against individual dismissal in Japan is one of the most strictly regulated among nations. However, in its 2013 Employment Outlook, the OECD reassessed the laws regarding dismissals among its member nations and reclassified Japan in the top third of OECD countries in which regulation is less stringent.¹ On the other hand, on October 7, 2013, the Financial Times commented that “in Japan, employment laws make it almost impossible to fire regular workers.”² This stereotypical view still exists among international observers. In this paper, the author

* Kazuo Sugeno is President of the Japan Institute for Labour Policy and Training and Professor Emeritus of the University of Tokyo; Keiichi Yamakoshi is Executive Director of the Japan Institute for Labour Policy and Training.

¹ OECD, Employment Outlook 2013.

² Editorial, “Abe’s Missing Arrow: Japan Needs Structural Reforms for ‘Abenomics’ to Succeed,” *Financial Times*, October 7, 2013.

provides more precise information on the law and practice of dismissals in Japan. This Part One gives an overview of the law regulating dismissals. In Part Two to follow later, the author will outline the practice of dismissals in Japan.

1 SUBSTANTIVE LAW: OVERVIEW

In Japan, the Civil Code (CC) has, since before World War II, provided that either party can terminate a contract of employment at any time by giving two weeks' advance notice. The CC thus guarantees the "freedom of dismissal" to the employer.³

This general principle has been modified in part by the labor law reforms since World War II.

The Labor Contract Act (LCA) restricts the freedom of dismissal by enjoining abusive dismissal. The Labor Standards Act (LSA) and several other Acts restrain certain types of dismissal, and the LSA strengthens the notice of a dismissal to thirty days' advance notice with criminal sanctions.⁴

2 THE CONCEPT OF "ABUSIVE DISMISSALS"

2.1 History

The CC, which still provides the freedom to terminate employment, was established in 1896, and for many years thereafter, Japan had

³ The Civil Code provides that "If employment is not for a definite period, either party may request to terminate the contract at any time, in which event the contract will be terminated in two weeks after the request is made." (§627CC)

⁴ "Dismissal" in this article signifies the employer's expressed intention to terminate an employment contract with an indefinite period. It is distinguished from the employer's refusal to renew a fixed-term employment upon its expiration, or the employee's voluntary or agreed resignation from employment.

no legislation regulating abusive or unfair dismissal. During the post-World War II Reform, the Labor Union Act of 1945 and 1949 (LUA) came to prohibit the dismissal of union members as an unfair labor practice. Yet, the Labor Standards Act of 1947 maintained the CC's freedom of dismissal and merely strengthened the requirement to give notice of dismissal. In the 1950s, nevertheless, lower courts came to nullify abusive dismissals using a general principle in the CC which restricts the abuse of rights. Such decisions continued to accumulate in lower courts which even ruled that "a dismissal without appropriate reasons is invalid." Between 1975 and 1977, the Supreme Court, in two cases, endorsed the interpretation of lower courts that a dismissal should be considered null and void as an abuse of right without objective and appropriate reasons.

In 2003, the LSA was revised to integrate the case law rule of abusive dismissals established by the Supreme Court. The case law rule was then moved from the LSA to the Labor Contract Act when the latter Law was enacted in 2007.

2.2 The LCA Provision regarding Abusive Dismissals

The Labor Contract Act (LCA) provides that "a dismissal shall, if it lacks objectively reasonable grounds and is not considered to be appropriate in general societal terms, be treated as an abuse of right and be invalid" (§16).

This provision applies to all kinds of dismissal—dismissals due to an employee's misconduct, an employee's incapability and job redundancy. It applies not only to individual dismissals but also to collective dismissals.

3 PROHIBITED DISMISSALS

Apart from the abusive-dismissal provision in the Labor Contract Act, Japanese labor-law statutes prohibit the employer from discharging employees discriminatorily on the grounds of sex,

nationality, creed, etc. These statutes also prohibit dismissals during family leave related to childbirth, maternity or family care.⁵

4 NOTICE OF DISMISSALS

The Labor Standards Act (LSA) provides that the employer must give at least thirty days' advance notice before dismissal (§20). Notice is required regardless of length of service (there are exceptions, such as temporary workers for a term of less than two months). The LSA also provides that the employer must deliver to the retiring employee a certificate stating the reasons for retirement upon his/her request (§22). This provision also applies to dismissals.

⁵ In detail, Japanese Acts prohibit the employer from dismissing his/her employees:

- (a) during a period of incapability for work caused by a work-related accident (§19LSA).
- (b) during a period of statutory childbirth leave (§19LSA).
- (c) on the grounds of nationality, creed or social status (§3LSA).
- (d) on the grounds of sex, marriage, pregnancy (Act on Securing, Etc. of Equal Opportunity and Treatment between Men and Women in Employment).
- (e) on the grounds of discrimination against a part-time worker (Act on Improvement, Etc. of Employment Management for Part-Time Workers).
- (f) on the grounds of labor union membership or participation in labor union activities (Labor Union Act).
- (g) by reason of applying for statutory maternity/paternity leave, sick/injured child care leave or nursing care leave (Act on the Welfare of Workers Who Take Care of Children or Other Family Members Including Child Care and Family Care Leave).
- (h) by reason of reporting the facts regarding violation of Acts related to labor standards to a labor standards inspector (104 LSA)
- (i) by reason of whistle-blowing protected by the Whistle Blowing Protection Act (Whistleblower Protection Act).

5 CRITERIA OF ABUSIVE DISMISSALS

5.1 Introduction

For understanding the criteria of abusive dismissals in Japan, one should first know that firms in Japan usually specifically list the reasons for dismissal in their employment regulations. The employee regulations (literally, “work rules”) are drawn up by the employer and stipulate the rules and working conditions of the establishment. The Labor Contract Act endorsed its case-law binding effect on labor relations on condition that the regulations provide reasonable rules or working conditions and are promulgated to the employees of the establishment. The Labor Standards Act requires the employer to seek the opinion of the union organizing a majority of employees or, if there is no such union, a representative of a majority of employees of the establishment. If there is a union organizing such employees, the employer usually negotiates with the union when making or changing the employee regulations to obtain the union’s agreement.

The major reasons for dismissal listed in the employee regulations can be roughly classified into three types: employee’s misconduct, employee’s incapability and the firm’s economic necessity. When judging whether a dismissal is to be nullified as abusive, the court starts with the question of whether the alleged misconduct, incapability or economic necessity falls under the reasons for dismissal set forth in the employee regulations. The court first assesses the reasonableness of the statutory reason, and then examines its applicability to the dismissal.

5.2 Dismissal by Reason of Employee’s Misconduct

Employee’s misconduct spelled out in the employee regulations includes negligence of duties, defiance or disobedience of job-related orders or instructions, obstruction or disturbance of the work, violation of workplace discipline, infringement of the interest or reputation of the employer in the employee’s private life and

falsification of the employee's past record. In the case of an employee's misconduct, the court usually takes into consideration the following factors in making a decision on whether the dismissal is abusive:

- (a) Components of facts regarding the misconduct such as its manner, gravity, motives, circumstances, damages or disorder caused, etc.
- (b) Propriety of the dismissal as a means of sanction, i.e., whether the dismissal is too harsh considering the overall nature, type and degree of the misconduct as well as the employee's record. For example, the employee regulations usually institute disciplinary sanctions less rigorous than dismissal, such as suspension of employment for a certain period, demotion, monetary punishment and reprimand, and the court may evaluate the dismissal as too severe if it finds that past similar misconducts had been disposed of by milder means.
- (c) Due process, such as whether the employee was given an opportunity to give an explanation in his/her defense, and whether he/she had received a proper warning upon committing a similar but less serious misconduct in the past.

5.3 Dismissal by Reason of Employee's Incapability

There are three main types of employee's incapability:

- (a) Loss of occupational capacity as a result of injury or illness: In this type, the court usually considers its nature and extent to see whether the employee became unable to fulfill the requirements of the occupation permanently. If the employee is likely to recover his/her capacity in due course through medical treatment, the court will require the employer to give the employee a chance to do so. As a matter of practice, the employer tends to grant sick-leave up to a certain (lengthy) period specified in the employee regulations. The employer will dismiss the employee only when he/she does not recover the capacity to return to work within the leave period.

- (b) A certain period (usually specified in the employee regulations of the firm) of absence not informed by the employee (typically, disappearance, confinement due to criminal charges, etc.). The court will endorse the validity of dismissal if it finds that the employer waited long enough to terminate employment.
- (c) Insufficient job performance: In this type of dismissal, the court will examine the nature and degree of insufficient performance to see if the employer has no other recourse than dismissing the employee. The court will consider whether the employer offered any assistance to the employee including education and training to improve their performance, or whether the employer is not making an effort to match the employee to a job more fitting to the employee's qualifications. The court also tends to require the employer to give a warning of termination unless the employee's action was particularly heinous. The court considers these various aspects in the case of ordinary employees in long-term employment. On the other hand, the court is more likely to approve the validity of dismissals of well-paid professional or managerial employees who were recruited mid-career but who failed to exhibit the expected high level of special capability.

5.4 Dismissals by Reason of Firm's Economic Necessity (Collective Redundancy)

The Labor Contract Act (LCA) does not include any substantive or procedural regulation about collective dismissals to cope with redundancy, and it is left to the courts to decide whether such collective dismissal constitutes abusive dismissal under §16LCA. The employee regulations are also inclined to give an abstract expression such as "compelling economic reasons of the firm." Since the latter half of the 1970s, the court has been formulating four factors to be considered for deciding the abusiveness of economic dismissals:

- (a) Economic necessity of reducing the workforce
- (b) Efforts made to avoid dismissal in attaining the reduction

- (c) The method of selecting the employees to be dismissed, i.e., whether the selection is done fairly on the basis of objective criteria
- (d) The extent and manner of labor management consultation in executing the collective dismissal

The courts have already judged many cases, which have been analyzed and classified by jurists⁶ and presented to those who are in charge of HRM.

Japanese labor legislation does not impose on the employer the requirement to create a social plan to reduce the hardship of collective dismissal. However, the Labor Union Act requires the employer to bargain collectively with the labor union organizing his/her employees. Therefore, the employer is required to bargain with the union about a workforce reduction or collective dismissal involving its members. In fact, when an employer intends to reduce the workforce, the management will usually engage in extensive negotiations with the union to work out the size, timing and method of the reduction, and the social plan is usually agreed on particularly when it includes soliciting voluntary retirement.

Also, as explained in (d) above, the courts consider the extent and manner of labor management consultation as one of the major factors in deciding whether an economic dismissal constitutes an abuse of dismissal right. The employer is pressed to explain and consult with the union or representatives of the relevant employee group in carrying out a restructuring involving economic dismissals. The employer also tends to present some kind of social plan to minimize the reaction of employees against the restructuring.⁷

⁶ See for example, Kaoko Okuda, “Seiri Kaiko no Zian Ruikei to Handan Kijun [Types of and collective redundancy and criteria for judgment],” *Journal of Labour Law* 98 (2001): 47–63.

⁷ In this context, there is one administrative regulation in regard to collective dismissals due to redundancy. When a firm intends to terminate more than thirty employees, the employer is required to submit a re-employment assistance plan to the Public Employment Security

6 SEVERANCE PAY

Severance pay is not required by any Acts in Japan. There is a subsidy program instituted by the Employment Insurance System to help small companies with establishing severance pay systems.

On the other hand, it is a long-standing and widely-established practice that firms offer considerable retirement benefits to retiring employees, in the form of lump-sum payments and/or pensions, and this benefit is offered even in the case of discharges; except in the case of disciplinary ones for serious misconduct. Such benefits function, in effect, as severance payment for discharge. In the case of soliciting voluntary retirement for workforce reduction, firms usually offer a considerable severance payment in addition to the retirement benefit. If a union exists in the firm, the amount of such payment will be one of the major points of negotiations.

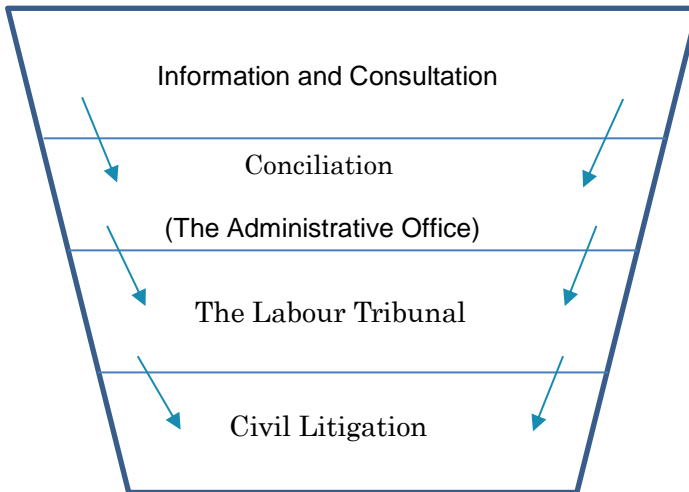
7 ADMINISTRATIVE AND JUDICIAL PROCEDURES TO RESOLVE DISMISSAL DISPUTES

7.1 Overview

There are several administrative and judicial procedures for dismissed employees who wish to raise their grievance. These procedures are structured as a four-layered system: the first and second layers are the consulting and conciliation services offered by the Labor Administration and the third and fourth layers are the labor-tribunal and the civil-procedure systems administered by the judiciary. Those four layered services and procedures are elective for grievants; namely, the parties of the disputes are free to choose (or skip) any of the services or procedures in any order. However, as a matter of practice, the parties tend to start with the first layer,

Office. This plan requires the employer to consult with the labor union organized in the firm.

and proceed to the second, then to the third, and finally to the fourth layer, if the dispute is not resolved at the first or intermediate layers.



7.2 Administrative Remedies

7.2.1 The Information and Consultation Services

The first layer is the information and consultation services offered by Regional Offices of the National Labor Administration.⁸ When requested, such Regional Offices provide such services to both employers and employees regarding all kinds of questions arising from employment relations. Thus, if an employee feels that his/her dismissal was unfair, he/she may bring the grievance to those offices to clarify and assess his/her legal position. The parties using such services are frequently satisfied or relieved merely by understanding the merits or demerits of their case through counseling in the Office. However, if the party using the service wishes to pursue his/her legal claim, the Office may request the employer to appear in the Office to discuss how to resolve the

⁸ More exactly, the Prefectural Labour Bureaus and the Labour Standards Inspection Offices of the Ministry of Welfare and Labour.

dispute. This advisory service is done informally and expeditiously (usually within one month from the date of consultation).

7.2.2 The Conciliation Service

The second layer is the conciliation service performed by a panel⁹ set up in the Regional Offices mentioned above. The panel is usually composed of practicing lawyers and law professors serving on a part-time basis. If requested by either party of a dispute concerning employment relations, a member of the panel, with the assistance of the staff of the Office, ascertains the facts of the case and the allegations of both parties, and proposes a settlement. The service is offered without charge, and is accomplished expeditiously, in most cases, within one session of a few hours (within two months of the request for conciliation). The success rate of such conciliation services is about 40 percent.¹⁰ Dismissal disputes are one of the most major types of disputes handled in this expeditious conciliation service. When successfully conciliated, they are mostly resolved with a modest monetary payment.¹¹

7.3 Judicial Procedures

7.3.1 The Labor Tribunal System

The third layer is the Labor Tribunal System instituted in the judiciary. According to the Labor Tribunal Act of 2004, either party in an employment relationship can bring a dispute of rights arising from employment relations under this procedure in the district court. A tribunal composed of one career judge and two part-time experts in

⁹ The Dispute Adjustment Committee.

¹⁰ About 70% of the cases in which the other party appears.

¹¹ The amount of payment is rather inexpensive; a JILPT research found that in 65.7% of the employment termination disputes successfully conciliated, payments fell in the range of ¥50,000–400,000 (The Japan Institute for Labour Policy and Training [JILPT], *Kobetsu Rodo Kankei Funso Shori Jian no Naiyo Bunseki* [Content analysis on the treatment of individual labor disputes], JILPT Research Report no.123 [Tokyo: JILPT, 2010]).

labor relations examine the written claims and responses and holding informal hearings to clarify the facts and the issues. The tribunal then makes mediation efforts, and, if such efforts fail, renders a decision specifying measures to resolve the case. The decision is not binding, and if either party objects, the case is automatically transferred to the formal civil procedure. The Law requires the tribunal to dispose of the case within three sessions, and is premised upon the cases lasting a few months. The parties usually hire lawyers to go through such procedures.

As a matter of practice, about 80% of the disputes brought in the labor tribunal procedure are resolved successfully; about 70% through the panels' mediation proposals and 10% through advisory decisions. Of the remaining about 20% of the disputes, 10% are withdrawn and only 10% (about a half of the advisory decisions) are transferred to the formal civil procedure explained below.

Here also, dismissal disputes are the most common type of disputes handled. They are resolved in most cases by monetary agreements (mediation) or awards (decisions). Generally speaking, the amount is much higher than that attained in the administrative conciliation services,¹² but less than that in the formal procedure.

7.3.2 The Civil Procedure

The fourth layer is the civil procedure. An employee may file a suit to confirm or restore his/her right with the civil court. This is a formal adversarial procedure, in which the parties are mostly represented by their own lawyers. The court clarifies issues by grasping allegations expressed by their briefs, and examines exhibits and listens to the testimony of witnesses through formal hearings. After this process, the court usually tries to settle the dispute, and, if it

¹² One survey found that the average amount is around ¥1,000,000 or 3–4 months' salary. Kazuo Sugeno and others, ed., *Rodo Shinpan Seido no Riyosha Chosa* [Labor tribunal system: Users' survey] (Tokyo: Yuhikaku, 2013), 102.

fails, renders a judgment. On average, it takes about a year for the court to dispose of the case either by a settlement or a judgment.

In judging a dismissal dispute, if the court finds that the dismissal was abusive and, accordingly, invalid, the court will confirm the continuation of employment relations and will order the employer to compensate the employee for the loss of earnings. The amount of compensation is usually the sum of the salary that the employee would have been paid between the date of the dismissal and the date of the court judgment. Even when the dismissal is found invalid, in effect the employer is obliged to continue to pay the salary that the employee had been earning until the dismissal, and the employee has no right to actual reinstatement.¹³

7.4 Statistics

Table 1 shows the number of dismissal disputes brought in or handled by the services or procedures described above. First, the table shows that more than 50,000 dismissal cases are handled each year by the information and consultation services. In other words, such services play a major role in resolving dispute dismissals. Next, approximately 5,000 disputes involving dismissals are brought either by conciliation, labor tribunal or civil procedures every year, and a great majority of such disputes are resolved informally and expeditiously through the administrative conciliation services or the judicial labor-tribunal system, mostly in the form of monetary payment. Relatively few dismissal disputes were filed with the formal civil procedure: less than 1,000 cases in fiscal 2012. In addition, a majority of such civil litigations are settled, mostly monetarily, and judgments are rendered in only a third of them. Furthermore, employees won in just under half of such judgments.

¹³ There is no statute of limitation for claims of abusive dismissal.

Table 1. Statistics on the Settlement of Dismissal Disputes (2012 FY)

Administrative Office		
Consultation (Grievances brought in)	51.515	
Conciliation (claimed)	1.904	
Labor Tribunal*		
Cases Filed	1.735	
Mediation (successfully completed)	1.282	
Decisions (rendered)	298	
Civil Litigation*		
Filed	1.026	
Concluded	963	
Concluded (963)*		
Settlement	482	
Judgment	343	
Found abusive	166	
Found not abusive	177	

Sources: From the statistics of the Ministry of Welfare and Labour and the Supreme Court.

Note: *These figures include all kinds of disputes involving all kinds of employment termination (not only dismissals, but also alleged resignation, refusal of renewing fixed-term employment upon its expiration, compulsory retirement, etc.). Nevertheless, the predominant type is dispute involving dismissal.

CONCLUSION

This article on Japanese labor law regarding dismissals clearly shows that the claim “in Japan, employment laws make it almost impossible to fire regular workers” is a gross exaggeration of the regulatory aspect of Japanese dismissal law.

In terms of the procedural or remedial aspect of Japanese dismissal law, more than 50,000 disputes involving dismissals are brought before the administrative information and consultation services and approximately 5,000 dismissal disputes are filed with the administrative conciliation service, the labor-tribunal and civil procedures in the judiciary in one year. Most of them are disposed of informally and expeditiously with relatively inexpensive monetary arrangements; only a small number of dismissal disputes attain judgments confirming continuation of employment relations. On the whole, the dispute resolution systems are not so onerous that employers are reluctant to resort to dismissals. For employees, on the other hand, the systems provide a good range of recourses that they can select in accordance with their needs.

Also, the substantive rules of dismissals are not so strict as to make employers abandon the idea of dismissing employees who have committed serious misconduct, who exhibit exceptionally poor job performance or when the firm runs into serious economic difficulties. Basically, Japanese dismissal law is premised upon the employer's freedom of dismissal, and protects the interest of employees by restraining its abusive exercise. The abusive dismissal doctrine established by case law and incorporated into the Labor Contract Act is a legal framework that balances the interest of employers and employees in regard to dismissals.

In conclusion, Japanese dismissal law is neither too strict nor too loose for the employer. It is by nature protective for workers, but it does not impose excessive rigidity on the employer for establishing discipline and efficiency in the workplace or carrying out necessary adjustments of the workforce.

Dismissals in Japan

Part Two: How Frequently Do Employers Dismiss Employees?

Kazuo Sugeno
Keiichi Yamakoshi*

JAPAN LABOR REVIEW

Volume 11 (2014), issue 4, pp. 118-137

INTRODUCTION

In “Dismissals in Japan Part One: How Strict is Japanese Law on Employers?”¹ the authors examined the substantive and procedural structures of the dismissal law in Japan, and concluded that the dismissal law was neither too strict nor too loose for employers despite its stereotypical image of excessive strictness.

Following “Part One,” this “Part Two” intends to depict the practice of dismissals in Japan. The authors first try to assess the frequency or infrequency of dismissals within firms. The authors then describe how dismissals are handled in firms’ human resource management (HRM), labor management relations and dispute resolution processes. They further examine the extent of mobility in the Japanese labor market with a view to assessing the effect of the practice of dismissals on the labor market.

* Kazuo Sugeno is President of the Japan Institute for Labour Policy and Training and Professor Emeritus of the University of Tokyo; Keiichi Yamakoshi is Executive Director of the Japan Institute for Labour Policy and Training.

¹ *Japan Labor Review* 11, no. 2 (2014): 83–92.

1 INDIVIDUAL DISMISSALS IN HRM

1.1 Frequency of Dismissals

First of all, how frequently (or infrequently) do employers resort to dismissals in Japan? In March 2012, the Japan Institute for Labour Policy and Training (JILPT) conducted a large-scale survey regarding practices of hiring and termination, by sending questionnaires to about 20,000 firms across industries and firm sizes, 29.8% of which sent back responses.² This was JILPT's second survey regarding hiring and dismissal practices, following the first one conducted in 2004. These serial surveys may be regarded as the first major attempt to obtain empirical data on the practice of dismissals and other related measures in all workplaces in Japan.

According to the 2012 JILPT Hiring and Termination Survey,³ 16.0% of the 5,964 responding firms in Japan had dismissed one or more regular workers during the five year period between 2007 and 2012 for individual reasons distinguished from firms' economic necessity. It is notable that 30.3% of 76 larger firms with 1,000 or more employees responded that they had dismissed regular workers for such reasons during the same period. Such figures make us dubious about the theory that it is almost impossible for employers to fire regular workers in Japan.

The reasons for dismissals executed by 16.0% of firms in the same survey are classified in Table 1. The survey demonstrates that

² JILPT, *Jugyoin no Saiyo to Taishoku ni Kansuru Jittaichosa* [Survey on practices regarding hiring and termination of employment], JILPT Domestic Labor Information 14–03 (Tokyo: JILPT, 2014). Hereinafter cited as the “2012 JILPT Hiring and Termination Survey.” See Appendix Table (page 30) for the composition of the firms which responded to the 2012 JILPT Hiring and Termination Survey.

³ The authors, hereinafter, wholly use the data of the 2012 survey since the data of 2004 survey shows the same tendencies as the 2012 survey.

dismissals for employee misconduct, disorder, absence or insufficient job performance are actually not rare.

Table 1. Reasons for Individual Dismissals

(Multiple answers %)	
Misconduct	30,8
Disorder	24,0
Illness	12,2
Frequent absence without notice	15,0
Insufficient job performance	28,0

Source: 2012 JILPT Hiring and Termination Survey.

Note: Percentages are among the number of firms that dismissed employees for individual reasons during 2007–2012.

1.2 Cautious Approach on Dismissals in HRM

One could recognize in the previous section that firms resorted to dismissals not so infrequently in cases of employees' misconduct, disorder, absence or insufficient job performance. Nevertheless, one should also note that the employer does not directly dismiss his/her employee when finding some problem with the employee. The employer ordinarily deals with such a problem with educational or disciplinary means other than dismissals. This is particularly true when the employer takes some disciplinary sanctions against employee misconduct.

The Labor Standards Act requires businesses employing ten or more employees to draw up and promulgate employment regulations stipulating rules and working conditions in workplaces. Abiding by the law, most firms set forth such regulations, and most of such regulations stipulate the means and procedures for disciplinary actions against employee misconduct and poor performance. Thus, firms take steps against misconduct, etc., before resorting to individual dismissals, such as delivering a warning, giving a chance to correct behavior or to improve performance, ordering a transfer or, in a case of grave misconduct, requesting voluntary retirement.

Employers choose the means of sanction in accordance with the nature, type, and degree of the misconduct. Generally speaking, it is only when firms find that the misconduct is too grave to be dealt with by other means that they resort to dismissals. Table 2 shows a variety of disciplinary actions with the ratio of selection, and Table 3 indicates the ratio of steps other than dismissals taken against employee misconduct or poor performance.

Table 2. Firms' Progressive Disciplinary Actions

	(Multiple answers %)
Warning	33,3
Letter of apology	42,3
Suspension	12,3
Pay cut	19
Demotion	14,9
Dismissal	9,4
Dismissal (disciplinary discharge)	13,2

Source: 2012 JILPT Hiring and Termination Survey.

Note: Disciplinary discharge is the most severe sanction accompanying, in most cases, deprivation of retirement benefits.

Table 3. Steps Taken before Dismissal

	(Multiple answers %)	
	Misconduct	Insufficient job performance
Warning	59,2	63,7
Giving a chance to correct conduct or improve performance	41,8	59,9
Ordering a transfer	16,7	32,6
Asking for voluntary retirement	38,4	46,8
(Doing nothing before dismissal)	(9.9)	(1.5)

Source: 2012 JILPT Hiring and Termination Survey.

As mentioned in Part One, in judging the abusiveness of individual dismissals, the court usually takes into consideration due process

before dismissal, such as giving a warning or affording a chance to correct conduct or improve performance. Such an approach in the court is in conformity with the common HRM practices noted above.

2 COLLECTIVE REDUNDANCY IN HRM

The next issue is collective redundancy, which may generate economic dismissals.

2.1 Labor Management Efforts to Avoid Economic Dismissals in Case of Collective Redundancy

First of all, the 2012 JILPT Hiring and Dismissal Survey found that 8.6% of the responding firms had resorted to economic dismissals during the last five years.

The survey also found that labor unions played an important role in the course of redundancy. Regarding enterprises where labor unions were organized, 68.7% of employers consulted with unions concerning economic dismissals. In contrast, only 19.9% of enterprises not organized by labor unions consulted with some form of workplace delegates concerning economic dismissals.

Typically, in the case of redundancy, labor and management at each enterprise first engage in joint consultations to share information and to form understanding on the scale and gravity of business crises. They then discuss a wide range of practical issues, including the goals of cost reduction and the methods to attain them. In particular, they perform serious negotiations on the necessity of reducing the workforce and means of doing so. When labor and management find it necessary to resort to termination of employment at a certain scale, they work out a voluntary-retirement program with additional compensation as generous as they can afford. They find dismissals unavoidable only when they cannot attain the goal of downsizing of employment with such alternative measures. They then discuss the number of employees to be dismissed, the amount of additional retirement payment, and the method of selecting such employees. Most of those labor and management negotiations are carried out

successfully, with adjustments made to their positions. According to the 2012 JILPT Hiring and Termination Survey, labor and management reached agreements in 84.1% of negotiations resulting in economic dismissals.

2.2 Transition of Labor and Management Approach on Collective Redundancy

The labor and management practice of pursuing solutions other than dismissals in cases of redundancy was established during the period of employment adjustment after the 1973 oil crisis.

Since labor unions were liberalized in 1945 in the course of post-World War II reforms to democratize Japan, unions had been imbued with leftist class-struggle ideology and had engaged in aggressive drives against management to defend worker interests in the postwar economic turmoil. Management, on the other hand, directly resorted to massive dismissals to get rid of large-scale redundancy caused by hardship under the deflationary policies of the government. Unions naturally resisted fiercely with radical and prolonged industrial actions. Such antagonistic union-management relations continued even when Japan overcame postwar economic difficulties and entered an economic growth period starting the mid-1950s.

Their confrontation culminated in the 1960 Mitsui Miike Coal Mine Dispute involving massive economic dismissals to resolve redundancy in the declining coal mining industry. The coal miners' industrial union launched a large-scale strike with indefinite period, and the largest national labor organization, *Sohyo* (the General Council of Trade Unions in Japan), mobilized thousands of workers to support massive and forcible picket lines. Management was also determined to reestablish production, with the full support of financial institutions. The dispute lasted for a full year, generating violent clashes and public disorder. The result was a defeat for the union, but labor and management realized the high price of fierce labor-management confrontations. Japan has experienced very few large-scale violent labor disputes ever since.

The Japanese economy enjoyed high and stable economic growth until the oil crisis of 1973, which caused hyperinflation. Many industries, such as electric appliances and textiles, faced economic difficulties. However, unions and management had developed, by this time, joint consultation procedures at the enterprise level to work out solutions on managerial matters affecting employees. Thus, through such procedures, labor and management in those industries struggled to prevent the termination of employment by working out alternative solutions to attain necessary reductions in workforce, such as diminution of working hours, transfers, and temporary layoffs.⁴ Even when it seemed inevitable to reduce the number of employees, they first resorted to attrition (suspension of new hiring), and then attempted to call for voluntary retirements instead of dismissals.⁵ Thanks to serious discussions between labor and management, they could prevent confrontational disputes.

Even during the long-term economic slump starting in the early 1990s and intensifying after the 1997 Asian financial crisis, labor and management maintained the same practices toward employment adjustment. Recently, even during the global recession beginning in 2008 as well as during economic difficulties after the Great East-Japan Earthquake in 2011, labor and management still tried to arrive at moderate solutions other than dismissals as much as possible. One should emphasize that the practice of pursuing milder solutions during redundancy is not a consequence of the legal regulations governing dismissals, but the product of the deliberate efforts of labor and management to attain necessary labor-cost cuts while minimizing sacrifice of employment.

⁴ In Japan, “temporary layoffs” means measures to endow “days off” to employees as a means to temporarily reduce production. It does not have the effect of terminating employment even temporarily.

⁵ The government also passed the Employment Insurance Act, in 1974, to subsidize a substantial portion of the wage costs of employers, who maintain employment in the case of collective redundancy with the measures of transfers to related firms, educational programs, or temporary lay-offs.

2.3 Data on Economic Dismissals in Contemporary Japanese Workplaces

As mentioned in 2.1, the 2012 JILPT Hiring and Dismissal Survey found that 8.6% of the responding firms had resorted to economic dismissals during 2007–2012. Considering that the surveyed five-year period included the global financial crisis that began in 2008, one may infer that Japanese firms demonstrated rather a restrictive attitude toward economic dismissals. The question, then, is how Japanese firms deal with, in contemporary HRM, collective redundancy caused by economic downturns.

Facing the necessity of reducing labor costs, most firms first make efforts to avoid personnel reduction by choosing a variety of alternative measures, such as limiting overtime work, personnel relocation (transfers to other departments or group enterprises), cuts in bonuses, containment of annual wage increases, temporary layoffs,⁶ etc. Even when firms find reductions in the number of employees unavoidable, they still try to stay away from dismissals by resorting to other means, such as suspension of recruitment (attrition) or solicitation of early (voluntary) retirement.

Table 4 indicates the measures that were taken before resorting to dismissal by the responding firms during 2007–2012, with the percentages of selection. The same table indicates that 25.3% of the responding firms called for voluntary retirement during the same period. This percentage was much higher among larger enterprises (47.4% of the firms with more than 300 employees). Generally speaking, it has been rather rare that large public-listed firms resort to dismissals of their employees due to economic necessity.⁷

⁶ The Labor Standards Act requires firms to compensate at least 60% of wages during temporary layoffs. Firms can receive subsidies from the Employment Insurance Program to make up for their wage costs for temporary lay-offs, educational programs, or transfers across group enterprises.

⁷ According to the survey of TSR (Tokyo Shoko Research), *2012-nen no Omona Jojo Kigyo no Kibo Taishokusha Boshu Jokyō Chosa* (Survey

Table 4. Steps Taken before Dismissal for Economic Reasons

(Multiple answers %)	
Suspension of hiring	38,8
Transfer within the firm	36,5
Transfer to related firms	11,4
Cutting bonuses	22,7
Containment of wage increases	22,4
Reducing employee's wage rate	22,5
Temporary lay-off	21,2
Limiting overtime	23,9
Reducing the number of branches	36,9
Calling for voluntary retirement	25,3

Source: 2012 JILPT Hiring and Termination Survey.

As shown in Part One, Japanese employment laws do not require additional severance pay to mitigate the loss of jobs due to redundancy. However, as a matter of HRM practices, various benefits are usually offered to dismissed workers, which are laid out in Table 5 with the percentages of selection.

Table 5. Benefits Afforded for Redundancy Termination

(Multiple answers %)	
Additional severance pay	34,3
Special leave	19,0
Mediation services in job-seeking	24,3
Referral to a staffing agency	7,1
(Nothing offered additionally as a termination benefit)	(24.7)

on the solicitation of voluntary retirement by listed corporations in 2012) issued Feb. 2013, 63 companies listed on Japanese stock markets called for voluntary retirement. The total number of people solicited to be retired was 17,705. On the other hand, it is rather rare that collective (economic) dismissals at large companies are reported.

Source: 2012 JILPT Hiring and Termination Survey.

Table 6 shows the distribution of the amounts of additional severance pay found by the same Survey. One finds that approximately one-fourth of the firms paid an amount corresponding to approximately six months' salary and one-fifth an amount equivalent to a few months' salary. It should be noted that there was a significant difference between larger firms with 300 or more employees and smaller firms with less than 100 employees. In the case of the larger firms, 76.9% paid more than six months' salary, while only 33.4% of the smaller firms paid the same level of severance pay.

Table 6. Amount of Additional Severance Pay

	(%)		
	Number of employees		
	All	Less than 100	300 or more
Equivalent to a few months' salary	21,1	27,8	23,1
Equivalent to approximately six months' salary	25,7	17,6	30,8
Equivalent to approximately one year's salary	11,4	13,0	30,8
Equivalent to 2–3 years' salary	4,0	2,8	15,4
Equivalent to over three years' salary	0,0	0,0	0,0
(Re-calculating) equivalent to more than six months' salary	41,4	33,4	76,9

Source: 2012 JILPT Hiring and Termination Survey.

Note: The data consists of only the firms that paid additional severance pay.

2.4 Changes of Case Law Regarding Economic Dismissals

As was already mentioned above and in Part One, labor and management came to avoid dismissals as a means of reducing the workforce after the 1973 oil crisis, and such practices of employment adjustment have been integrated into court decisions dealing with economic dismissals since the latter half of the 1970s. In deciding whether economic dismissals are abusive, the court first required

firms to meet all of the four standards⁸: (a) substantial economic necessity to reduce the workforce; (b) exhaustive efforts to avoid dismissals as a means of the reduction; (c) selection of employees to be dismissed with objective and rational criteria; and (d) sufficient labor-management consultation.

Two decades later, in the 1990s, the Japanese economy went into a long-term stagnation, which forced Japanese companies to execute a large-scale restructuring of their businesses. Observing the difficulties faced by businesses, the courts partly changed the framework of judgments on economic dismissals.

In earlier decisions, the court required firms to meet all of the four standards to win the judgment that an economic dismissal was not abusive. However, the court came to relax this regulatory framework in the 2000s. In specific terms, the court is now inclined not to examine the four standards independently, but to scrutinize standards relatively to reach a conclusion based on the entirety of the relevant facts.

This change of approach typically took effect in cases involving dismissals of redundant employees with generous termination packages. In one case, for example, a Japanese subsidiary of a British bank eliminated one business branch that had lost profitability, and dismissed a branch manager who did not agree to early retirement with a large amount of severance pay and outplacement service. Relying on the old regulatory framework, the court at first temporarily held the dismissal as abusive, because the firm did not make efforts to create vacancies in other branches so as to absorb the manager (failure of meeting the second standard). However, in the subsequent decision involving the same dismissal, the court relaxed the framework in the way mentioned above and approved the validity of the dismissal, holding that it is not abusive considering the generous retirement package offered by the firm.⁹

⁸ A representative decision is *Toyo-Sanso*, Tokyo High Court, Oct. 29, 1979.

⁹ *National Westminster Bank*, Tokyo District Court, Jan. 21, 2000.

Also, the court occasionally renders a decision holding economic dismissals not abusive, even though a firm reduced the workforce by partially resorting to economic dismissals to cope not with deficits but with decreased profits in business (so-called aggressive restructuring) if the firm offered a generous package to minimize dismissals.¹⁰

In general, the court still requests that firms meet the four standards as much as possible. However, the court is more likely to allow employers to take measures on a case-by-case basis to cope with redundancy.

3 PRACTICES IN PROCESSING DISMISSAL DISPUTES

In Part One of this article, the authors explained the structures and elements of administrative and judicial procedures to resolve disputes involving dismissals. In Part Two, the authors further discuss practical features of processes to resolve disputes involving dismissals.

3.1 Overview of Processes to Deal with Dismissal Disputes

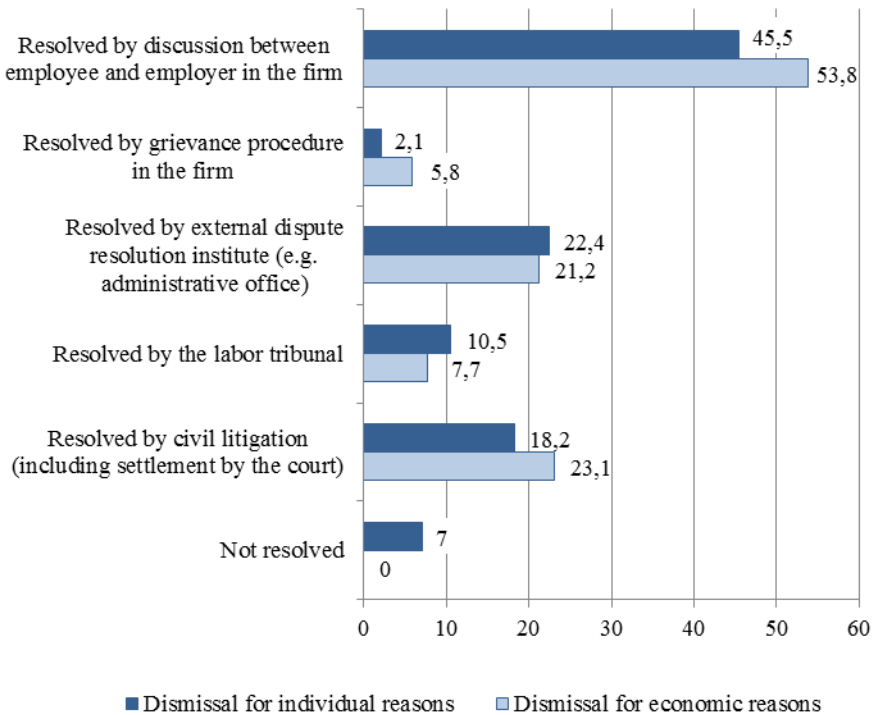
First, it should be emphasized that only a small percentage of employees bring complaints about dismissals to the employer. According to the 2012 JILPT Hiring and Termination Survey, 78.4% and 79.4% of firms that dismissed employees for individual and economic reasons respectively during the 2007 through 2012 period did not have any conflicts with such employees.

Secondly, according to Figure 1 summarizing the data of the same survey, even when dismissals gave rise to disputes, about half of

¹⁰ The Development Bank of Singapore, Osaka District Court, Jun. 23, 2000.

such disputes (45.5% and 53.8% of those involving individual and economic dismissals respectively) were resolved through dealings between the dismissed employee and his/her employer.

Figure 1. How Dismissal Disputes Are Resolved



Source: 2012 JILPT Hiring and Termination Survey.

Note: This data consists of firms that answered that disputes occurred over dismissal.

Thirdly, according to a Ministry of Welfare and Labor (MHLW) survey,¹¹ a little fewer than 40% of enterprise-based unions have formal grievance procedures instituted in their written agreements with the enterprise. Such procedures usually set forth a few formal steps of negotiations between union and management to resolve

¹¹ MHLW, Survey on Collective Agreements (2011).

grievances brought by union members. However, complaints tend not to follow such grievance procedures, and even if they are made known to unions, they are not usually brought in line with grievance procedures. In daring to support the grievances of their members, unions are inclined to attain some solution through either informal dealings or formal collective-bargaining sessions with management. As a consequence of such labor management practices, the percentage of dismissal disputes resolved by grievance procedures is small, as shown in Figure 1 (2.1% and 5.8% of individual and economic dismissals respectively).

Fourthly, according to the same JILPT survey, 51.1% and 52.0% of disputes involving individual and economic dismissals respectively were resolved by administrative procedures (counseling, or advice and conciliation services offered by MHLW Prefectural Labor Offices) or judicial procedures (labor tribunal and civil litigation procedures conducted by the court) during 2007–2012. The composition of resolutions attained by such external procedures is indicated in Table 1 in Part One also presents the number of dismissal disputes that were settled in those external procedures during fiscal 2012 on the basis of the statistics of MHLW and the Supreme Court.

3.2 Contents of Arrangements to Settle Dismissal Disputes

Table 7 shows the measures selected to resolve dismissal disputes in both internal (between employee and employer) and external (administrative and judicial) processes. One finds that one-fifth of the disputes were resolved without any additional measures, and half of them were solved by means of paying additional compensation. It should be noted that only a small number of employees were reinstated; the percentage was approximately five percent of the number of dismissal disputes.

Table 7. Measures Selected to Resolve Dismissal Disputes

	(Multiple answers %)	
	Dismissals for individual reasons	Dismissals for economic reasons
Monetary compensation	44,1	55,8
Alteration of the reason or the form of employment termination	20,3	9,6
Reinstatement	4,9	5,8
No additional measure necessitated	25,2	17,3

Source: 2012 JILPT Hiring and Termination Survey.

Note: This data consists of firms that answered that they had had disputes over the dismissal during 2007–2012.

Also, according to different sources, even in the resolutions attained by administrative conciliation and labor-tribunal procedures, reinstatements were very rare (Table 8). One of the factors is that most of the employees who file complaints with the administrative office or labor tribunal do not insist on reinstatement. In most cases, they seek monetary compensation to settle dismissal disputes.

Table 8. Resolution of Dismissal Disputes

	(%)	
	Conciliation of Administrative Office ¹	Labor Tribunal ²
Reinstatement	1,3	4,0
Monetary compensation	94,8	95,0

Sources: ¹Kobetsu Rodo Kankei Funso Shori Jian no Naiyo Bunseki [Analysis of the contents of resolutions in individual dispute cases], JILPT Research Report no. 123 (Tokyo: JILPT, 2011).

²Rodo Shinpan Seido ni tsuite no Ishikichosa [Survey on attitude toward labor tribunal procedures], Institute of Social Science, the University of Tokyo (October 2011).

Notes: ¹This was a survey on conciliation of four administrative offices in fiscal year 2008. Termination of employment includes not only dismissal but also voluntary retirement, expiration of fixed-term contracts, mandatory retirement, etc.

²This data consists of workers who appeared before the tribunal at the date of the oral announcement of the decision or conciliation of the Labor Tribunal Procedure between July 12 and November 11, 2010, and answered the questionnaire (N=302). This number includes many different types of workplace disputes.

Though the amounts of monetary compensation ranged widely, most of them were at rather low levels. Half of them fell below 175,000 yen in conciliation settlements by administrative offices, and 1,000,000 yen in decisions or settlements following labor tribunal procedures (Table 9).¹² The lower levels of monetary settlement in administrative conciliations may be attributable to the fact that conciliators mainly seek to attain a quick and amicable solution rather than to examine the legal merits of the case.

Table 9. Amounts of Monetary Compensation

			(¥)
	Median	Minimum	Maximum
Administrative office (Conciliation)	175,000 ¹	10,000 ²	Over 10,000,000 ²
Labor tribunal	1,000,000 ³	30,000 ³	14,680,000 ³

Sources: ¹Kazuo Sugeno and others, eds., *Rodo Shinpan Seido no Riyosha Chosa [Labor tribunal system: User's survey]* (Tokyo: Yuhikaku, 2013).

²JILPT Research Report no.123 (2011).

³Institute of Social Science, University of Tokyo (2011).

Another feature of the administrative conciliation and the labor tribunal procedures is their rapid resolution. Regarding the conciliation by the administrative offices, the median duration between the submission of complaints and conclusion of the procedure was found to be approximately thirty days.¹³ One can

¹² Regarding settlements in civil courts, the average payment amount was estimated as 6,640,500 yen. JILPT, *Kaiko Muko Hanketsu Go No Genshoku Fukki no Jokyo ni Kansuru Chosa Kenkyu* [Survey on reinstatement after court decisions holding dismissal as invalid], JILPT Research Material Series no. 4 (Tokyo: JILPT, 2005).

¹³ JILPT Research Report no.123 (2011). The four major prefectural offices are Chiba, Nagano, Osaka and Shimane. Those offices disposed

emphasize that early resolution is what the dismissed employees really desire. This would make it possible for the employees to seek and find a new job earlier, and that should also contribute to the mobility of the labor market.

4 DIFFERENT FEATURES OF DISMISSALS IN SMALL BUSINESSES

The authors have so far described the tendencies of practices in HRM and labor management relations, as well as the features of dispute-resolution processes, regarding dismissals in Japan. One should yet further explain, in these respects, about different features of dismissals to be found in small firms.

One can grasp such features through a recent study on conciliation cases involving employment termination disputes handled by the prefectural administrative offices of MHLW, since the large part of such conciliation cases are brought in by workers at small businesses.

JILPT conducted an extensive study on individual labor-dispute conciliation cases handled by the four representative prefectural-administrative offices of MHLW during fiscal 2009.¹⁴ It made intensive analyses of the voluminous records of such cases to examine reasons and motives for the dismissals contained therein.

According to this study, the four administrative offices dealt with 756 conciliation cases arising from employment termination disputes in fiscal 2008 (Table 10). In terms of firm sizes, 90.1% of these

of 1,144 conciliation cases, which represent 13.5% of 8,457 cases disposed of by the entire 47 offices.

¹⁴ This is an elaboration of Keiichiro Hamaguchi, Chief Researcher at JILPT. See also JILPT, *Nihon no Koyo Shuryo* [Employment termination in Japan] (Tokyo: JILPT, 2012); Keiichiro Hamaguchi, "Analysis of the Content of Individual Labor Dispute Resolution Cases: Termination, Bullying/Harassment, Reduction in Working Conditions, and Tripartite Labor Relationships," *Japan Labor Review* 8, no.3 (2011): 118–37.

conciliation cases were those generating from firms with 300 or less employees (small and medium sized enterprises).¹⁵

Table 10. Number of Conciliation Cases regarding Employment Termination by Firm Sizes

Firms with 300 or less employees	566	90.1% ¹	
Firms with more than 300 employees	62	9.9% ¹	
Firms the sizes of which were not known	128		
Total	756		

*Source: JILPT Research Report no. 123 (2011). Re-calculated by authors.
Note: ¹Percentage among the number of firms the sizes of which were known (N=628).*

Table 11 shows the composition of employment termination conciliation cases involving small and medium-sized enterprise (SMEs), by type of employment termination. The table shows that the cases involved not only dismissals but also other types of employment termination such as solicitation of voluntary retirement, resignation for personal reasons, or termination of fixed-term contracts.

¹⁵ Workers in small or medium-sized enterprises account for about 69% of total workers (Ministry of Economy, Trade and Industry).

Table 11. Employment Termination Conciliation Cases Involving SMEs by Types of Termination

	(%)	N
Ordinary dismissal	42,2	239
Disciplinary dismissal	3,7	21
Collective redundancy	16,3	92
Induced termination	12,2	69
Resignation for personal reasons	9,7	55
Withdrawing of tentative hiring decision	4,1	23
Refusal to renew repeatedly renewed fixed-term contract	11,8	67
Total	100,0	566

Source: JILPT Research Report no. 123 (2011). Re-calculated by authors.

Table 12 shows the in-depth grounds for individual dismissals. The survey revealed the tendency of SMEs to dismiss their employees by the reasons clearly inappropriate or unlawful, such as dismissing workers for the exercise of rights guaranteed by the labor statutes (e.g., employee’s request for statutory annual paid leave), or for expressing critical views on, e.g., the firm’s managerial or personnel policies. The survey also found many cases in which SMEs dismissed employees upon their refusal to accept management proposals to alter working conditions (jobs, workplaces, wages, etc.).

The survey also found that SMEs’ dismissals are frequently attributed to employers’ distaste for employees’ rational attitudes. Typically, there were cases in which employees were dismissed when refusing to obey management’s orders to neglect legal duties. One could even find cases of dismissal caused by his/her disagreement with the boss on minor matters. Sometimes, the employees were discharged for obscure reasons, such as that the employees did not match the firms’ culture or did not have good relationships with his/her colleagues. In some cases, the reason alleged by the employer could be regarded an excuse, and the real

motive for the dismissals was estimated as the employer’s dislike of the employee’s personality.

Also, in many cases of dismissals for alleged poor performance, the employer could not demonstrate concrete or specific facts substantiating the allegation, presenting only abstract reasons such as “low performance” or “lack of aptitude.”

Table 12. Grounds for Individual Dismissals regarding Conciliation Cases Involving Dismissals by SMEs

Sanctioning of the exercise of rights	5	
Sanctioning of “voice” (employees’ opinions)	7	
Refusal to accept change in working conditions	15	
Notification of change or termination	4	
Attitude	90	
Misconduct	9	
Private issues	3	
Ability	35	
Illness/Injury	21	
Management	28	
Miscommunications	5	
Unknown	12	
Others	5	
Total	239	

Source: JILPT Research Report no. 123 (2011). Re-calculated by authors.

Regarding economic dismissals appearing in conciliation processes, the study found that, in a majority of cases, firms did not specifically clarify economic necessity, merely stating in abstract terms that “the company run into financial difficulties,” etc. In many of those cases, one could suspect, from the records of cases, the existence of other motives of dismissal, such as expelling a strong dissident or a poor performer from the management viewpoint. The study found the tendency of SMEs to make use of economic

necessity as a panacea to get rid of employees undesirable for management, which is in sharp contrast with the case law restricting economic dismissals.

Thus, one could presume from the findings of the JILPT study of conciliation cases involving dismissal disputes that SMEs are not so conscious of case standards relating to the law of abusive dismissals, but are exercising the right of dismissal rather easily and discretionarily.

This distinctive tendency of SMEs is closely related with the sharp contrast of union density between larger and smaller firms. Larger firms ordinarily have labor unions organizing their regular employees, while smaller firms scarcely have such unions.¹⁶ One of the greatest concerns of enterprise unions is the employment security of their members. Enterprise unions accordingly endeavor to clarify the standards and procedures for dismissals in collective agreements and employee regulations. They also engage in intensive consultations with management to jointly work out measures to cope with economic changes affecting employment. Management is also keenly aware of these strong union concerns, and takes a cautious attitude toward dismissals to maintain cooperative industrial relations. One does not often find such a thoughtful approach in SMEs' dismissal practices.¹⁷

¹⁶ Union density by firm sizes is shown below:

Total	16.6%
Firms with 1,000 or more employees	44.9%
Firms with 100-999 employees	13.1%
Firms with less than 100 employees	1.0%
<i>Source: MHLW, Basic Survey on Labor Unions (2013).</i>	

¹⁷ One should, however, note that there are many small general or industrial unions organizing employees of smaller enterprise within certain regions. Such regional unions make efforts to protect their members against abusive or unlawful dismissals through negotiations with management. In the case of failed negotiations, such unions make use of MHLW's administrative conciliation services, mediation or unfair labor practice procedures of the Labor Relations Commissions, or labor

5 RELATIONSHIP BETWEEN DISMISSALS AND LABOR MOBILITY

So far the authors have described the legal regulations governing dismissals in their substantive and procedural aspects (Part One), and analyzed dismissal practices in firms' HRM and labor management relations (Part Two). The remaining issue, then, is the relationship between the law and practices of dismissals and the state of labor market. The central question is whether the law and practices of dismissals as have been described have a negative effect on labor mobility.

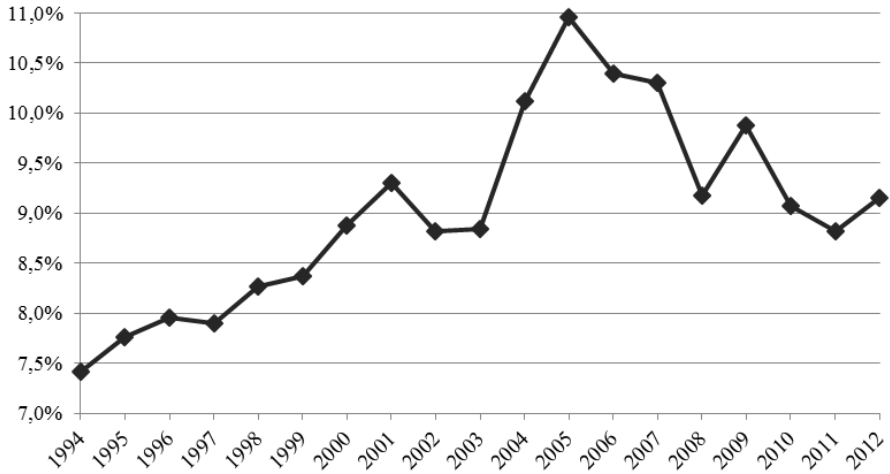
First, according to government statistics, the Japanese labor market seems to demonstrate significant mobility due to job turnover. For example, the Survey on Employment Trends (by MHLW) shows that 6,730,000 workers left their employment during 2012 (14.8% of the total number of workers).

In addition, during the last decade, Japan experienced a dynamic work shift mainly from the manufacturing industry to the medical, health care and welfare sector. According to the Labour Force Survey (Ministry of Internal Affairs and Communications [MIC]), workers employed in the manufacturing industry decreased from 10,910 to 9,890 thousand persons in the decade beginning 2003, while those employed in the medical, health care and welfare sector increased from 4,690 to 7,040 thousand persons in the same decade (workers in the wholesale and retail trade also increased from 9,390 to 9,560 thousand persons). The entire job turnover rate has been trending upward since the middle of the 1990s, as Figure 2 indicates, despite the long-term and serious slump of Japanese economy since late '90s.¹⁸

tribunal or civil suit procedures of the court. Regarding the functions performed by regional unions, see Hak-soo Oh, *Roshi Kankei no Furontia* [Frontiers of industrial relations in Japan] (Tokyo: JILPT, 2012).

¹⁸ According to the Basic Survey on Wage Structure 2013 (MHLW), the average length of service of regular workers (excluding part-time workers) in Japan was 11.9 years, which is much the same as many

Figure 2. The Ratio of Hirees Who Had Changed Jobs



Source: MHLW, *Survey on Employment Trends*.

Secondly, one should also note that the dynamic work shift from the manufacturing industry to the medical, health care and welfare sector, as described above, does not mean that manufacturing industry workers have massively moved to the medical, health care and welfare sectors. As Table 13 below shows, 46.3% of the workers who left manufacturing firms found new jobs again in the manufacturing industry, and only 7.9% found new jobs in the medical, health care and welfare sector. It is not easy for workers to find jobs in new fields they have not experienced. Labor market

OECD countries (i.e. the average length of service of total employees in Germany in the same period was 11.4, 12.2 in France, 12.7 in Italy, 9.0 in the U.K. (OECD Data Base, Employment by job tenure intervals)). The U.S. A. had the median of 4.6 years (U.S. Department of Labor, Employment of Tenure in 2012). The length of service might be more different among industries than among countries. In Japan, it was 14.0 years for the manufacturing industry, while it was 8.4 years for the accommodation and food service industry. In Japan, the average length of service of 50- to 54-year-old workers has been declining since the mid-1990s. That length for 45- to 49-year-old workers has been declining since the early 1990s.

policies that merely demand workers move out of declining businesses may only have the effect of generating unemployment.

Table13. Job Turnover (Former Industries and Present Industries Workers Belong to)

	(thousand)									
	Total	Construction	Manufacturing	Information and Communications	Transport and Postal Service	Wholesale and Retail trade	Accommodations and Dining Services	Medical, Health Care and Welfare	Services, N.E.C. (not elsewhere classified)	
Present industries workers belong to										
Total	11,905	721	1,906	425	657	2,120	1,119	1,289	736	
Construction	663	298	80	14	36	62	27	14	32	
Manufacturing	1,582	75	733	38	66	211	96	47	76	
Information and Communications	337	7	27	147	6	39	10	7	26	
Transport and Postal Service	744	45	114	12	255	98	39	20	46	
Wholesale and Retail Trade	1,912	63	247	44	73	773	191	92	91	
Accommodations, and Dining Services	908	20	85	12	26	168	371	48	37	
Medical, Health Care and Welfare	1,731	27	137	19	37	205	124	835	64	
Services, N.E.C. (not elsewhere classified)	1,055	53	169	48	59	159	69	52	198	

Source: MIC, Employment Status Survey (2012).

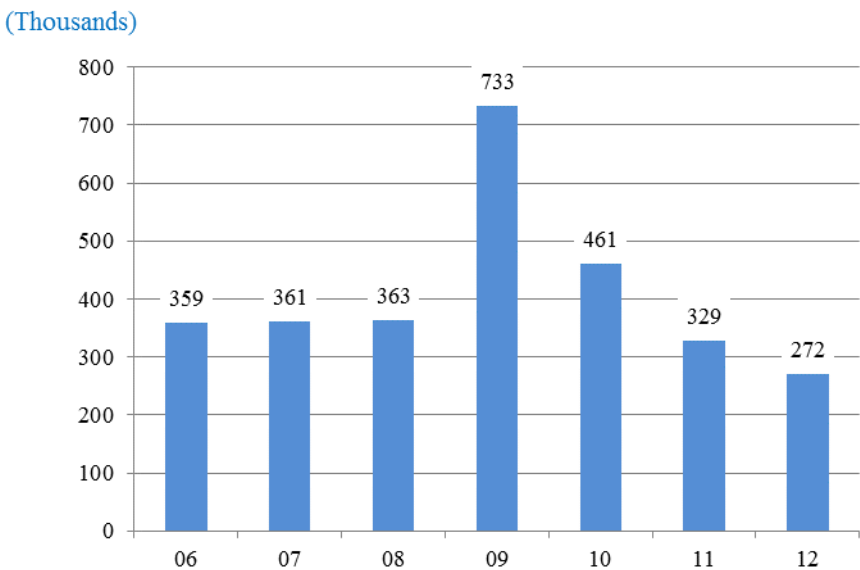
Note: Workers who changed jobs (employment) in the last five years.

Thirdly, the most frequent type of job (employment) changes is worker resignation for personal reasons. During 2012, 4,680,000 workers resigned from employment for personal reasons including desire to change employment. They constituted 69.5% of the total employment turnover. On the other hand, the percentage of workers leaving employment due to their employer's economic necessity was only 4.0%, which included not only dismissals but also agreed (or voluntary) terminations of employment due to economic reasons. In addition, summing up dismissals for both economic reasons and personal reasons (such as misconduct, dissatisfaction with employee performance), dismissals represent only a small portion

of the labor turnover.¹⁹ From this viewpoint, facilitating or encouraging dismissals does not seem to be an effective means of enhancing mobility of the labor market.

Fourthly, as indicated in Figure 3, the number of workers who left employment due to their employer's economic necessity increased significantly in 2009, in the wake of the global financial crisis, signifying that firms do reduce a large number of workers in the face of economic crises although the reduction may not be to their desired scale.

Figure 3. Workers Who Left Employment due to Economic Necessity



Source: MHLW, *Survey on Employment Trends*.

¹⁹ One can estimate from the Survey on Employment Trends that the percentage of dismissals for both economic reasons and personal reasons was less than 4.9%.

Finally, courts judged merely 343 cases regarding employment terminations in fiscal 2012, a number that should be considered too small to affect the entire labor market. Most dismissal disputes are resolved by the administrative or judiciary fast-track services²⁰ rather than by civil litigation.

In short, there seems to be little evidence demonstrating the negative effect of Japanese dismissal laws and practices on labor mobility. Moreover, what is important in evaluating dismissal laws and practices is not only economic efficiency but also the fairness of an industrial society. From this perspective, one should not impose the burden wholly on workers in cases of redundancy, since it is usually difficult for dismissed workers to find a new job in an economic downturn. It is particularly so for older ones fifty or more years of age, whose wages often decrease significantly even if they manage to find a new job.²¹ In addition, dismissals can have a negative impact on mental health.²²

CONCLUSION

Summarizing the practice of dismissals depicted here in Part Two, even in Japan, not a negligible but a substantial ratio of firms implement dismissals. Characteristically, however, they resort to dismissals in a thoughtful manner. In cases of employees'

²⁰ Administrative conciliation services or judicial tribunal procedures.

²¹ In these situations, 35.7% of 50–54 year old and 34.9% of 55–59 year old workers experienced lower wages after job turnover in 2012. MHLW Survey on Employment Trends.

²² According to a survey by Kubo and Takahashi, the average General Health Questionnaire 28 indicator was much higher regarding dismissed workers (N=34) than the average for healthy people. Mitsuru Kubo and Miho Takahashi, "Ristora ga Shitsugyosha oyobi Geneki Jugyoin no Seishin Kenko ni Oyobosu Eikyo [Influence of firms' restructuring on unemployed and employed workers]," *The Japanese Journal of Labour Studies* 45, no. 7 (2003): 78–86.

misconduct, or insufficient job performance, employers do not resort directly to dismissals, but take cautious steps, such as delivering a warning to give the employee a chance to correct his/her behavior. Dismissals are executed only when the misconduct is too grave to use other means. In times of redundancy, firms endeavor to achieve the necessary adjustment of employment with milder solutions other than dismissals. Firms strive to strike a balance among the interests of various stakeholders, including the workers, regarding whether workers are to remain or to leave in the course of redundancy. Employers usually engage in extensive joint consultations with the unions organizing their employees in working out means to cope with redundancy. Their last resort is often not dismissals but solicitation of early voluntary retirement with increased retirement benefits.

This cautious approach on dismissals was an outcome of HRM under the long-term employment system as well as enterprise-based labor management collaborations. By comparison, legal regulations governing dismissals played a much smaller role, in the authors' view.

It should be noted, however, that the features of dismissals are considerably different in small businesses. They are unlikely to follow such cautious steps as are ordinarily taken by larger firms. Small businesses do not have sufficient economic or human capacity to emulate the pattern of larger businesses. Nor are labor unions often organized in small enterprises.

With regard to the features of the processes to deal with disputes involving dismissals, JILPT surveys find that even if such disputes arise, most of them are resolved within the firms. Rather a small percentage of them are subjected to external procedures, most of which are resolved expeditiously through various forms of administrative or judiciary services such as counseling, advising, conciliation, mediation or awards. In consequence, only very few employees file suits with the courts, and court decisions holding the dismissal null and void are exceptional among dispositions of dismissal disputes in administrative and judiciary procedures. Thus,

dispute resolution processes are not imposing a high level of cost on either employees or employers.

The final issue the authors addressed was whether the law and the practices of dismissals as described in Part One and Part Two had any negative effect on the mobility of workers in the labor market. The authors find there is significant mobility in the Japanese labor market, a significant scale of job turnover, and an increasingly high job-turnover rate. One can also recognize a considerable shift of the workforce from the matured manufacturing industries to the growing healthcare and welfare sectors. Encouraging dismissals could yet be neither an effective nor a fair means to enhance labor market mobility. Considering that a large portion of job turnover is, as a matter of fact, taking place within the same industry, the policy to be pursued is to help workers in matured industries to acquire new skills or abilities needed for growing industries, to provide information and consultation services so they can find new workplaces, and to help growing firms to employ workers smoothly using matching services.

Appendix Table: The Composition of the Firms Which Responded to the JILPT 2012 Hiring and Termination Survey

	N=5,964	%
<u>Industries</u>		
Mining and Quarrying of Stone	7	0,1
Construction	422	7,1
Manufacturing	1.516	25,4
Electricity, Gas, Heat Supply and Water	34	0,6
Information and Communications	194	3,3
Transport and Postal Service	556	9,3
Wholesale and Retail Trade	1.033	17,3
Finance and Insurance	50	0,8
Real Estate and Goods Rental And Leasing	59	1,0
Scientific Research, Professional and Technical Services	107	1,8
Accommodations and Dining Services	335	5,6
Living-related and Personal Services, Services for Amusement and Recreation	187	3,1
Education, Learning Support	131	2,2
Medical, Health Care and Welfare	260	4,4
Compound Services	10	0,2
Services, N.E.C. (not elsewhere classified)	756	12,7
Miscellaneous	108	1,8
No answers	199	3,3
<u>Firm Sizes</u>		
Fewer than 50 employees	1562	26,2
50–99 employees	2.266	38,0
100–299 employees	1.466	24,6
300–999 employees	360	6,0
1,000 employees or more	76	1,3
No answer	234	3,9

One Step Forward or More Window-Dressing?

A Legal Analysis of Recent CSR Initiatives in the Garment Industry in Bangladesh

*Beryl Ter Haar & Maarten Keune**

INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR
LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS

Volume 30 (2014), issue 1, pp. 5–26

1 INTRODUCTION

The Bangladesh garment industry (or Ready-Made Garment, RMG-industry) has recently been affected by a number of terrible accidents, most notoriously the collapse of the Rana Plaza on 24 April 2013, resulting in the death of over 1,100 workers with many more injured. The Rana Plaza collapse was the deadliest garment-factory accident ever and has attracted worldwide attention to the problems faced by the mainly female workers in this fast-growing industry. On the one hand, they need the jobs to feed their families, but on the other hand, they are confronted with unsafe and unhealthy working conditions, very low wages (a minimum wage of USD 38 and an average monthly manufacturing wage of USD 74) and long working hours. In the wake of the accidents, protest action has been taken against the Bangladeshi government, calling for

* Amsterdam Institute for Advanced Labour Studies (AIAS) and the Labour Law Department of the University of Amsterdam, The Netherlands.

higher minimum wages and for improved safety standards as well as enforcement.¹

This article also focuses on the role and responsibilities of multinational corporations (MNCs) that directly or indirectly place orders with the Bangladeshi factories. The MNCs increasingly work with Bangladeshi suppliers and benefit from the lax safety standards and low wages in the country to strengthen their price competitiveness and increase their profits. However, they are now under increasing pressure from trade unions, non-governmental organization (NGO) campaigns,² the International Labour Organization (ILO)³ and public opinion to take responsibility for working conditions in the firms in their supply chain. In response to these pressures, two transnational initiatives have been adopted, aimed at improving safety standards and working conditions in the garment industry in Bangladesh, focusing particularly on the fire and construction safety of the buildings.

The first is the Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh.⁴ The Accord is signed by a range of MNCs, trade unions and non-governmental organizations (NGOs). The MNCs are largely based on Europe, including large retailers and brands like Carrefour, Tesco, Marks and Spencer, Benetton and H&M. On the trade union side, the signatories include two Global Union Federations (GUFs), IndustriALL Global Union and UNI Global Union, as well as a number of Bangladeshi garment unions. In addition, the NGOs Clean Clothes Campaign, Workers' Rights Consortium, International Labor Rights Forum and Maquila Solidarity Network are witnesses to the Accord, while the ILO acts as an independent chair. Under the terms of the Accord, the signatories agree to

¹ <http://www.bloomberg.com/news/2013-09-23/two-hundred-bangladesh-factories-shut-on-labor-unrest.html>.

² Among many others, e.g., <http://www.cleanclothes.org/action/current-actions/rana-plaza>.

³ http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/media-centre/press-releases/WCMS_211999/lang-en/index.htm.

⁴ <http://www.industrialunion.org/action-on-bangladesh>.

establish a fire and building safety programme in Bangladesh within a period of five years.

The second initiative is the Bangladesh Worker Safety Initiative of the Alliance for Bangladesh Worker Safety.⁵ This Alliance is a company-led undertaking and comprises mainly North-American companies, including Gap, Wal-Mart, Sears and J.C. Penney. It aims to establish collaboration with labour organizations and NGOs, as well as the Bangladeshi government and factory owners. The intention is to improve, over the next five years, fire and building safety through the development of standards, inspections, training and worker empowerment.

With these initiatives, the MNCs claim to improve their corporate social responsibility (CSR), i.e., the responsibility of companies for the social and environmental impact of their activities and for the well-being of their workers, including workers in the supply chain and other companies depending on the MNCs. From a legal or regulatory perspective, they may be seen as cases of transnational private regulation (TPR), i.e., regulation by private actors replacing (inter-)governmental regulations or covering new areas that have not previously been regulated by either national or international public bodies. The CSR and TPR have become increasingly widespread in the governance of transnational labour issues. In spite of their increasing use, however, as discussed below, these initiatives have received mixed reviews. Judgments range from 'promising developments that truly aim to make a difference',⁶ to 'largely window-dressing to improve the reputation of companies and ease the mind of the consumers'.⁷

⁵ <http://www.bangladeshworkersafety.org/initiative>.

⁶ Cf. M.P. Thomas, *Global Industrial Relations? Framework Agreements and the Regulation of International Labor Standards*, 36 Lab. Stud. J. 269–287 (2011).

⁷ G. Hanlon & P. Fleming, *Updating the Critical Perspective on Corporate Social Responsibility*, 3 Sociology Compass 937–948 (2009); and E. Sternberg, *How Serious is CSR? A Critical Perspective*, in *The Responsible Corporation in a Global Economy* 29–54 (C. Crouch & C. Maclean eds., Oxford U. Press 2011).

These mixed reviews reflect concerns raised by TPR initiatives with regard to their legal status, legitimacy, implementation and compliance. These questions will be discussed in this article in relation to the Bangladesh Initiatives. They will be scrutinized in terms of their legality, their legitimacy, and mechanisms for implementation and compliance. The ultimate aim is to establish whether they have the potential to contribute to improving safety and working conditions in the Bangladesh garment industry, or whether they are rather forms of window-dressing. Due to the recent nature of the initiatives, the article offers a comparative legal analysis of their potential impact, based on their governance structures, the actors involved, the implementation and compliance mechanisms foreseen, and their substantive content. It is too early to discuss the actual implementation and the effects of the initiatives.

The structure of the article is as follows. The next section discusses developments in CSR and TPR. Section 3 further develops the concepts of legality, legitimacy and implementation and compliance mechanisms. Section 4 analyses the two Bangladesh initiatives using these concepts, whereas section 5 presents the conclusions.

2 CSR AND TPR

Central to this article are two developments that have taken place in the past decade or so. One is the rise of CSR as a key dimension of corporate practices, in particular of MNCs. The other is the growth of various forms of TPR.

As far as CSR is concerned, increased attention has been paid to the role of major corporations in ensuring respect for human rights and decent labour standards. On the one hand, this growing interest results from the ever-increasing role of MNCs and their supply chains in the global economy and their (potential) influence on human rights and labour standards.⁸ On the other hand, it reflects

⁸ UNCTAD, *World Investment Report 2013: Global Value Chains: Investment and Trade for Development* (U.N. 2013).

the rising prominence of human rights and labour standards in the discourse of MNCs, under the heading of CSR.⁹ The MNCs generally present these initiatives as efforts to redefine and strengthen the social and ethical dimensions of corporate policies and as new socially just ways to govern the external relationships and responsibilities of firms, as well as internal relations with the workforce. They include initiatives to strengthen respect for international labour standards; to improve health and safety in the workplace; to strengthen workers' voice; and to find a better balance between corporate profits and workers' well-being. As a result, CSR holds out the promise of better conditions and rights for workers. It takes different forms such as unilateral codes of conduct adopted by management, international framework agreements negotiated between management and trade unions or works councils, and certification schemes involving multiple MNCs that sign up to standards formulated and advocated by an NGO such as ISO 26000, SA8000 and the Ethical Trading Initiative, or by submitting to monitoring by an NGO, such as the Fair Wear Foundation or the Fair Labor Association.¹⁰

At the same time, these CSR initiatives are subject to a range of criticisms. From an orthodox economic perspective, they are seen

⁹ This has given rise to a broad interest in CSR in legal studies and especially labour law, as well as in sociology, business studies and political science. See e.g., J. Zerk, *Multinationals and Corporate Social Responsibility. Limits and Opportunities in International Law* (Cambridge U. Press 2006); *The Responsible Corporation in a Global Economy* (C. Crouch & C. Maclean eds., Oxford U. Press 2011); E. Garriga & D. Melé, *Corporate social Responsibility Theories: Mapping the Territory*, 53 J. Bus. Ethics 51–71 (2004); and regarding Bangladesh in particular: A.R. Khan, M.B. Muttakin & J. Siddiqui, *Corporate Governance and Corporate Social Responsibility Disclosures: Evidence from an Emerging Economy*, 114 J. Bus. Ethics 207–223 (2013).

¹⁰ On these different types of CSR, see among many others: R. Pearson and G. Seyfang (eds), *Corporate Responsibility & Labour Rights. Codes of Conduct in the Global Economy* (Earthscan 2002); *Shaping Global Industrial Relations. The Impact of International Framework Agreements* (K. Papadakis ed., ILO/Palgrave 2011); and A. Sobczak, *Ensuring the Effective Implementation of Transnational Company Agreements*, 18 European J. Indus. Rel. 139–151 (2012).

as unnecessary and draining resources from ‘proper’ business activities.¹¹ Others are sceptical about the real motives and impact of CSR policies and consider them to be ‘ethical marketing devices’ and expressions of narrow business interests,¹² or as ways of engineering new sources of legitimacy, identity and social value of MNCs.¹³ In addition, CSR instruments are regarded with scepticism because of their voluntarist nature and the absence of a transnational legal framework that could give such instruments a more formal nature and increase their enforceability.¹⁴

Much of the criticism of CSR has to do with the types of governance that it entails. The CSR largely falls into the broad category of TPR. It is a rapidly growing area of experimentalist governance in response to two developments: the increasingly transnational nature and impact of markets, services and production processes; and the difficulties faced by national governments and intergovernmental organizations in regulating transnationalization. The TPR is said to be able to fill this regulatory gap, to adapt rapidly to changes in the market, to mobilize stakeholders and to deliver expertise.¹⁵ However, TPR is also a highly debatable phenomenon with both critics and supporters. As far as weaknesses are concerned, TPR is often criticized for being a legally non-binding and voluntarist type of regulation (soft law), adopted by actors without any legislative or

¹¹ For example, Sternberg, *supra* n. 7.

¹² S. Banerjee, *Corporate Social Responsibility: The Good, the Bad and the Ugly*, 34 *Critical Sociology* 51–79 (2008).

¹³ Hanlon & Fleming, *supra* n. 7.

¹⁴ E. Ales et al., *Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future, Final Report for the European Commission*, Directorate-General for Employment, Soc. Affairs & Equal Opportunities (2006); and M. Anner, *The Limits of Voluntary Governance Programmes: Auditing Labor Rights in the Global Apparel Industry*, working paper 01 ‘Project for Global Workers’ Rights’ (2011).

¹⁵ *Enforcement of Transnational Regulation. Ensuring Compliance in a Global World* (F. Cafaggi ed., Edward Elgar 2012); and F. Cafaggi, *New Foundation of Transnational Private Regulation*, 38 *J. L. & Soc.* 20–49 (2011); and the special issue *Transnational Private Regulatory Governance: Regimes, Dialogue, Constitutionalization* 13 *German L. J.* (2012).

formal enforcement capacities, whose legitimacy is unclear, leading to doubts about the implementation of and compliance with such forms of regulation.¹⁶ Supporters point to the innovative and positive aspects of TPR and highlight the potential of such experimentalist types of governance to fill regulatory gaps.¹⁷ As a result, CSR and TPR give rise to a series of questions about four dimensions: their legality, their legitimacy, and their implementation and compliance mechanisms. In the next section, these four dimensions will be discussed and developed in more detail.

3 LEGALITY, LEGITIMACY, IMPLEMENTATION AND COMPLIANCE MECHANISMS

In this section, we discuss in detail the four dimensions identified above as crucial for the (legal) effectiveness of CSR and TPR: legality, legitimacy and implementation and compliance mechanisms. These four dimensions then provide the analytical framework for an assessment of the (legal) potential of the two Bangladesh initiatives presented in section 4.

3.1 Legality

The principle of legality or lawfulness concerns the formal legal status of CSR and TPR initiatives. More precisely, it deals with the formal competence (the *de jure* authority) of the actors adopting such initiatives. When actors lack *de jure* authority, they lack formal competence to adopt legally binding norms, which leaves their initiatives without formal legal status, so they are legally non-binding, or soft law.¹⁸ In general, only states have *de jure* authority to create

¹⁶ Cafaggi (2011) *supra* n. 15; P. Zumbansen, *Transnational Private Regulatory Governance: Ambiguities of Public Authority and Private Power*, Osgoode CLPE Research Paper No. 45/2012.

¹⁷ Ch. Sabel & J. Zeitlin, *Experimentalist Governance*, in *The Oxford Handbook of Governance* (D. Levi-Faur ed., Oxford U. Press 2012).

¹⁸ M.A. García-Muñoz Alhambra, B.P. ter Haar & A. Kun, *Soft on the Inside, Hard on the Outside: An Analysis of the Legal Nature of New*

legally binding norms through political processes. States can confer part of this authority on private actors like trade unions or international organizations. As a result, those actors acquire de jure authority, albeit limited to the scope of the power conferred upon them. Thus, for private actors to gain de jure authority, it is necessary for the competent national or international institutions to empower them with such authority. However, with regard to the transnational activities of MNCs, states and international organizations lack or have limited competences to bind MNCs to their rules or to transfer de jure authority on them.¹⁹ This ‘regulatory gap’ has been discussed in particular in the EU where the European Commission has proposed on several occasions (with no results so far) the establishment of an optional legal framework for transnational collective agreements.²⁰

Although MNCs and trade unions (and in particular GUFs) lack de jure authority to create legally binding norms, this does not mean that they operate without recognition. The European Union and the ILO in many instances promote and support their CSR initiatives, and thus provide these initiatives with de facto authority, i.e.,

Forms of International Labour Law, 27 Intl. J. Comp. Lab. L. & Intl. Rel. 337–363 (2011).

¹⁹ National norms can at best have extra-territorial effect or extended territorial effect. However, with the exception of some compelling examples with regard to market access and environmental issues in the context of the European Union, this is (still) limited, at least for labour standards. See more elaborately about this issue: J. Scott, *Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law*, 62 Am. J. Comp. L. (forthcoming 2014); and K van Wezel Stone, *Labor and the Global Economy: Four Approaches to Transnational Labor Regulation*, 16 Mich. J. Intl. L. 987–1028 (1994–1995). On the limitations of international organizations, see: Y. Kryvoi, *Enforcing Labor Rights against Multinational Corporate Groups in Europe*, 46 Indus. Rel. 366–386 (2007).

²⁰ See e.g., R. Zimmer, *Establish a Legal Framework for Transnational Collective Agreements in Europe: A Difficult Task*, 02/2012 Final report EUROACTA (chapter 2); I. Schönmann et al., *Transnational Collective Bargaining at Company Level. A New Component of European Industrial Relations*. (ETUI 2012); A. Lo Faro, *Bargaining in the Shadow of ‘Optional Frameworks’? The Rise of Transnational Collective Agreements and EU Law*, 18 European J. Indus. Rel. 153–165 (2012).

recognition of competence and power in practice. However, these initiatives remain voluntary in nature, raising doubts about their credibility and effectiveness, and hence about the legitimacy and de facto authority of the actors involved.²¹

3.2 Legitimacy

Whereas the principle of legality is, among other things, concerned with the formal competence of the actors involved with the adoption of TPR (de jure authority), the principle of legitimacy is concerned with the competence or power of the actors as accepted in practice by those affected by those initiatives (de facto authority). In other words, it concerns the political or sociological interpretation of the authority to adopt norms, which can only be as effective as this authority is accepted in practice. When authority is constructed in a legal framework (de jure), it implies compliance, whereas compliance in practice could construct de facto authority.²² Three broad approaches cast light on how de facto authority can be created or enhanced: (i) building on existing norms and standards; (ii) relying on hierarchical relationships between the actors involved; and (iii) creating inclusive governance structures that involve as many relevant stakeholders as possible.

The first approach, building on existing norms and standards, is considered to enhance de facto authority in CSR because it indicates that they are not just chosen at random: rather, they are developed by organizations that have de jure and/or de facto authority. Many CSR initiatives build on labour standards that are laid down either by international organizations such as the ILO (core labour standards), the OECD (MNC guidelines) and UN Global Compact (ten principles), or by NGOs, including ISO26000, SA8000, the Fair Labor Association, Fair Wear Foundation or Clean

²¹ C. Crouch, *Collective Bargaining and Transnational Corporations in the Global Economy*, 1 Intl. J. Lab.Research 43–60 (2012).

²² C. Ku & P.F. Diehl, *International Law. Classic and Contemporary Readings* 41–44 (Rienner 2003).

Clothes Campaign.²³ In recent years, there is a tendency for these standards to converge since many of them refer to each other. Moreover, most of these standards directly or indirectly refer to rights laid down in ILO conventions, in particularly the right of association and collective bargaining, the abolition of forced and child labour, and equal treatment. In addition to these, core labour right's reference is also made to health and safety at work.²⁴

Second, de facto authority can depend on the power relationships between the actors involved in the adoption and implementation of CSR initiatives. This is the case especially with power relations between MNCs and their supply chains (including subsidiaries, suppliers, subcontractors and licensees) and, on the workers' side, between GUFs and lower levels of unions or other representative bodies. In the social-economic literature, this relationship is often discussed in terms of the asymmetrical power of the actors. The greater the power asymmetry, the more hierarchical the relationship, and the more likely it is that the authority of a lead-company over its supply chain (or of a GUF over unions and worker representatives) will be accepted.²⁵

The level of power asymmetry or hierarchy between the lead-company and its supply chain can be expressed by the governance

²³ R. Locke, *The Promise and Limits of Private Power. Promoting Labor Standards in a Global Economy* 178–179 (Cambridge U. Press 2013); and L. Fransen, *Corporate Social Responsibility and Global Labor Standards. Firms and Activists in the Making of Private Regulation* (Routledge 2012).

²⁴ *Shaping Global Industrial Relations. The Impact of International Framework Agreements* (K. Papadakis ed., MacMillan 2011) for IFAs in particular; and B.P. ter Haar, *Love, Flirt or Repel: Hybrid Global Governance of the ILO core Labour Standards*, 3 *European J. Soc. L.*, 68–102 (2013), more general.

²⁵ This is our interpretation and elaboration of the governance types as identified by G. Gereffi, J. Humphrey & T. Sturgeon, *The Governance of Global Value Chains*, 12 *Rev. Intl. Political Econ.*, 78–104 (2005); and the functional profiles as defined by T. Müller, H-W Platzer & S. Rüb, *Global Union Federations and the Challenges of Globalisation*, Intl. Policy Analysis (2010).

structure characterizing their relationship.²⁶ In general, high levels of power asymmetry are characterized by centralized decision-making in the lead company, with decisions then implemented by subsidiaries, suppliers, and subcontractors. Low levels of power asymmetry are characterized by independent businesses working together as equal partners in non-hierarchical networks. Research in this field suggests that there is a tendency away from strong hierarchical structures towards non-hierarchical network structures.²⁷ As a result, the de facto authority of the lead company over the supply chain is said to be diminishing.

Similarly, the internal relationship between GUFs and the affiliated national and local trade unions can be examined.²⁸ Research in this field indicates that most GUFs used to be characterized as decentralized networks in which the GUF functioned as the secretariat and the information platform. Over the last decade, however, most relations between GUFs and their affiliates have become more hierarchical, and GUFs have been granted powers to coordinate objectives and provide guidance on how to achieve those objectives, and in some occasions GUFs have the power to adopt binding decisions that standardize operational objectives.²⁹ Despite this increase in the degree of power asymmetry, in general GUFs lack de facto authority over their affiliates.³⁰

²⁶ Gereffi, Humphrey & Sturgeon, *supra* n. 25. See also: Khan, Badrul Muttakin & Siddiqui, *supra* n. 7.

²⁷ Gereffi, Humphrey & Sturgeon, *supra* n. 25, at 90–96. See also: M. Fichter & J. Sydow, *Using Networks Towards Global Labor Standards? Organizing Social Responsibility in Global Production Chains*, 9 *Industrielle Beziehungen*, 357–380 (2002).

²⁸ For example, Müller, Platzer & Rüb, *supra* n. 25, at 3 (Table 1).

²⁹ *Ibid.*

³⁰ See for similar conclusions: P. Fairbrother & N. Hammer, *Global Unions: Past Efforts and Future Prospects*, 60 *Industrial Relations*, 205–431 (2005); and more generally on transnational trade unionism: *Transnational Trade Unionism. Building Union Power* (P. Fairbrother, M-A Hennebert & Ch. Lévesque eds., Routledge 2013).

A third approach to enhancing de facto authority is to involve as many stakeholders as possible in the adoption and/or implementation of CSR initiatives. The involvement of stakeholders can be achieved by creating governance structures or networks based on a relationship of trust, cooperation and ongoing negotiation/dialogue. In such networks, relations between the actors are not hierarchical (or only to a limited extent) and are free from any form of constitutional ordering, meaning that the actors involved engage voluntarily with one another across national borders.³¹ Legitimacy is enhanced with the increase in the number of stakeholders actively involved in the adoption, implementation and monitoring of the initiative.

3.3 Implementation and compliance mechanisms

Early attempts by MNCs to promote labour rights were faced with an unprecedented challenge, since they could not draw on experiences of their peers but had to experiment. The definition of general and open standards proved to be a safe start, creating enough flexibility to define the scope and meaning of the norms according to what was achievable in practice. This left enough room for civil society organizations to scrutinize the practice of MNCs. These experiences made it clear that setting fixed rules and standards and relying on traditional command-and-control structures for implementation and compliance would not suffice.³²

A variety of issues concerning the effectiveness of CSR have emerged from the research. One is that at the lower levels of the supply chain, the capabilities to implement norms properly are often limited. Hence, non-compliance is not necessarily a matter of policy but also a matter of capability. Another issue is that of monitoring of implementation by means of financial-style audits, i.e., based on lists of items to be inspected and verified. Such audits are primarily

³¹ G. de Búrca, R.O. Keohane & Ch. Sabel, *New Modes of Pluralist Global Governance*, 45 N.Y. U. J. Intl.L. & Pol. (2013).

³² Cf. Locke, *supra* n. 23, at 46–77 (which covers Chapter 3, Does Private Compliance Improve Labor Standard? Lessons from Nike).

based on factory records that may be non-transparent and unreliable.³³ In addition, suppliers and subcontractors can develop 'audit fatigue', in particular when they work for multiple lead companies which each have their own set of norms and monitoring schemes. This is related to the issue of monitoring manageability. Global supply chain networks span multiple countries around the world, and they can include large numbers of suppliers and subcontractors, up to 1,000 or in some cases even 10,000.³⁴ Consequently, simplifying strategies are needed to bring monitoring back to a manageable scale: for instance, focusing on the suppliers and subcontractors the MNC has close cooperative relations with and which can make a real difference.³⁵ One way of selecting suppliers and subcontractors is by dividing them into first-, second- and third-tier factories, i.e., by their distance from the lead company, to emphasize the monitoring of suppliers and subcontractors that are most closely related to the respective MNC, since it is here that the lead company can be expected to have the highest impact.

In light of these obstacles and challenges, case studies show that a shift in emphasis is taking place in CSR policies from the detailed formulation of norms – the normative quality of the substance – towards procedures supporting implementation and compliance.³⁶ Hence, the adoption of a CSR initiative 'does not mark the end of the negotiation process, but rather the starting point of an organizational learning process throughout the subsidiaries'.³⁷ This process comprises the exchange of good practices, capability building (training of management and workers and their

³³ *Ibid.*, at 35–39; D.O'Rourke, *Outsourcing Regulation: Analyzing Nongovernmental Systems of Labor Standards and Monitoring*, 31:1 *The Policy Stud. J.* 1–29 (2003); and Ch. Sabel, D.O'Rourke & A. Fung, *Ratcheting Labor Standards: Regulation for Continuous Improvement in the Global Workplace*, KSG Working Paper No. 00-010 (2000).

³⁴ Fichter & Sydow, *supra* n. 28, at 368–369.

³⁵ *Ibid.*, at 357–380.

³⁶ For example, Sobczak, *supra* n. 10.

³⁷ *Ibid.* This is supported by many others, including: Locke, *supra* n. 23 and Fichter and Sydow, *supra* n. 28.

representatives), continuous deliberation between stakeholders, and the development of preventive measures. In regulatory terms, this shift may be seen as a move away from conventional command-and-control mechanisms that stress enforcement and compliance with fixed rules, towards pro-active problem-solving that emphasizes the operation of multi-level networks for the purposes of prevention. This casts light on the importance of experimentation and deliberation in order to internalize open-ended standards.³⁸ This tendency is in line with the developments concerning legitimacy discussed above: from hierarchical 'principal agent' governance structures towards non-hierarchical multi-centred governance modes. Consequently, the focus of these initiatives is becoming more sophisticated, including conventional forms of norm-setting combined with (semi-) judicial review, and experimental forms of governance.

Furthermore, these forms of governance are characterized by the construction of hybrid structures with other modes of governance, that are either private or public in origin and stem from different regulatory levels (national, regional/supranational or international). In this connection, there are several authors who stress the need for public-private policies.³⁹ They argue that this would not only enhance de facto authority, but also strengthen compliance mechanisms since it could lead to legally binding norms and/or judicial review by (national) courts.

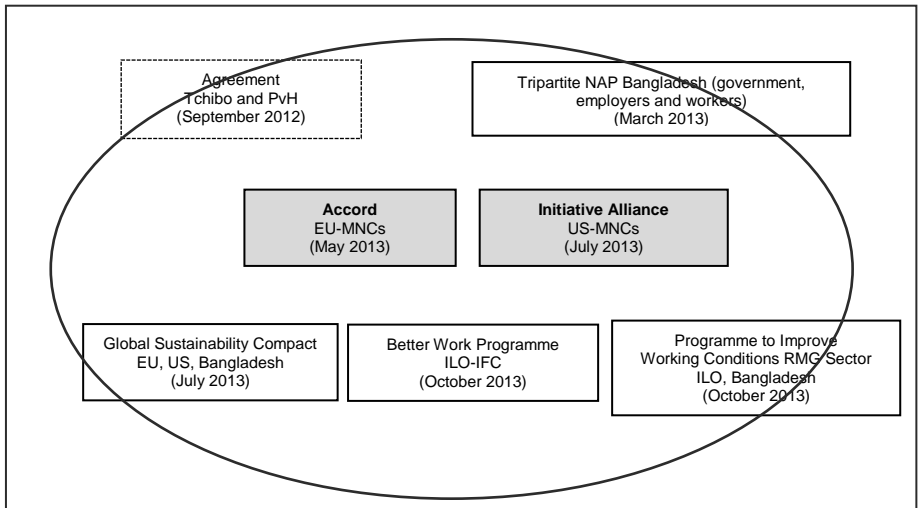
³⁸ A tendency that is particularly apparent with the implementation and monitoring mechanisms developed and applied by NGOs: O'Rourke *supra* n. 43; and L. Fransen & B. Burgoon, *Global Labour-Standards Advocacy by European Civil Society Organizations: Trends and Developments*, Brit. J. Indus. Rel. (early online publication 2013); and concerning IFAs: D. Stevis, *The Impacts of International Framework Agreements: Lessons from the Daimler case, in Shaping Global Industrial Relations. The Impact of International Framework Agreements* 116–142 (K. Papadakis ed., ILO/Palgrave MacMillan 2011).

³⁹ Locke *supra* n. 23; and M. Weiss, *International Labour Standards: a Complex Public-Private Policy Mix*, 29 Intl. J. Comp. Lab. L. & Intl. Rel. 7–19 (2013).

4 THE BANGLADESH INITIATIVES

With the rising number of tragic accidents, pressure for change in the garment industry in Bangladesh has resulted in several initiatives. These include initiatives of public as well as private origin (see Figure 1). Among them (marked grey in the figure) are the two private CSR initiatives that are under examination in this article: the Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh (further: the Accord) and the Bangladesh Worker Safety Initiative of the Alliance for Bangladesh Worker Safety (further: the Initiative).

Figure 1 Initiatives to Improve Working Conditions in the Bangladesh RMG-industry⁴⁰



⁴⁰ See for further information about these initiatives: <http://www.industrialunion.org/tchibo-joins-agreement-on-garment-factory-safety-in-bangladesh> (Agreement Tchibo and P&H/Tommy Hillfiger); http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-asia/-ro-bangkok/-ilo-dhaka/documents/generic_document/wcms_209285.pdf (tripartite NAP Bangladesh); http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-667_en.htm (Global Sustainability Compact); <http://betterwork.org/global/?p=3694> (Better work programme ILO and IFC); http://www.ilo.org/dhaka/Informationresources/Publicinformation/Pressreleases/WCMS_226720/lang-en/index.htm (Programme to improve working conditions RMG-Industry ILO-Bangladesh).

4.1 Analysis of the Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh

The Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh was the first private agreement and was adopted on 13 May 2013, following the Rana Plaza collapse the previous month. This is a remarkably short time given that the conclusion of agreements involving multi-stakeholders is a complex process requiring the alignment of different and sometimes conflicting interests. The fact that it only took about three weeks is because the Accord is a 'renaming' of an agreement signed on 20 September 2012 by two MNCs (the German chain Tchibo and Pvh/Tommy Hillfiger) with the GUF IndustriAll Global Union and four NGOs – Clean Clothes Campaign (CCC), International Labor Rights Forum (ILRF), Worker Rights Consortium (WRC) and Maquila Solidarity Network (MSN), together with several Bangladeshi trade unions and labour rights groups.⁴¹ This agreement had not yet taken effect because it needed at least two more MNCs to sign up before entering into force. Unfortunately two more tragic accidents were needed in order for other MNCs to sign up for the agreement. At the moment of the relaunch of the agreement in the form of the Accord, twenty-four MNCs had signed up. It then remained open for more MNCs to join, and this has resulted in over a hundred MNCs signing the Accord.⁴² These MNCs are largely of European origin. On the workers' side, IndustriAll Global Union is joined by UNI Global Union and also national trade unions affiliated to IndustriAll Global Union have co-signed the Accord.⁴³ The Accord is endorsed by the NGOs already involved, signing as witnesses, and is supported by public organizations,

⁴¹ Bangladesh Fire and Building Safety Agreement <http://www.industrialunion.org/tchibo-joins-agreement-on-garment-factory-safety-in-bangladesh>.

⁴² <http://www.industrialunion.org/bangladesh-signatory-list>.

⁴³ These are: the National Garment Workers Federation (NGWF), Bangladesh Independent Garment Workers Union Federation (BIGUF), plus the Bangladesh Independent Garment Workers Federation (BIGWF) and Bangladesh Revolutionary Garment Workers Federation (BRGWF).

including the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) national contact points,⁴⁴ the European Commission,⁴⁵ and in several ways by the ILO.

In brief, the Accord aims to improve fire and building safety by means of safety inspections. The risks highlighted in the inspections require remedies, for which funding will be made available by the signatory companies and others. Factory managers, workers and security staff will be trained to enable them to voice concerns and to actively participate in activities to ensure their own safety. The Accord covers a five-year period.

4.1.1 Legality and Legitimacy

The Accord deals with fire and building safety in the Bangladeshi RMG firms that are part of the supply chain of the signatory MNCs. Since the Accord is adopted by private actors only, it qualifies as TPR. The Accord states that the Accord is legally binding. However, since it is a form of CSR by means of TPR, by definition it lacks a legal framework to give it a formal legally binding status, and as a result it lacks de jure authority.

From a regulatory point of view, the following considerations may be made. As an agreement between MNCs and GUFs and national trade unions, it can be binding under contract law. This means that it is only binding between the parties and in relation to the obligations and rights that apply to them. As far as rights and obligations of third parties are concerned, in this case the individual workers and the supplier factories, the Accord cannot create de jure legally binding norms. However, this does not mean that it cannot give rise to legal effects, in particular when authority to create norms for third-parties is accepted de facto. As suggested in Section 3, in many cases governance relations between MNCs and their supply chain, and between GUFs and their affiliates do not appear to be hierarchical,

⁴⁴ <http://www.industriall-union.org/oecd-national-contact-points-support-bangladesh-accord>.

⁴⁵ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-667_en.htm.

as they include limited levels of power asymmetry and hence a limited level of de facto authority.

Concerning the Accord, this problem is partly solved with regard to the governance relationship between the GUFs, in particular IndustriAll, and their Bangladeshi affiliates.

First, IndustriAll is, according to Müller, Platzer and Rüb, one of the few GUFs developing in the direction of a steering body, implying relatively strong de facto authority over its affiliates. Second, the relevant Bangladeshi trade unions have co-signed the Accord and are therefore directly bound by it. This does not apply to the question of de facto authority of MNCs towards their Bangladeshi suppliers. However, the Accord addresses legitimacy in several ways. The main way to strengthen legitimacy (and hence de facto authority) is through the promotion of norms and standards defined by other, more authoritative, organizations and initiatives. The Accord deals with fire and building safety that is part of the issue of health and safety at work and which is promoted by the NGOs signing the Accord as witnesses, and by the ILO that supports the Accord in several ways. One of the ways the ILO supports the Accord is by means of a special programme on working conditions, including health and safety (see Figure 1 above).

Second, a substantial part of the Accord deals with governance structures to ensure its implementation. It creates several bodies, of which the steering committee and the advisory body are the most important. Both of these bodies include the main stakeholders: the steering committee includes representatives of the signatory MNCs and the trade unions, whereas the advisory body covers a considerably wider range of stakeholders, including the Bangladeshi government, national trade unions, supplier representatives, MNC representatives and representatives of national and international NGOs. The ILO is involved in both as the independent chair. The steering committee is responsible for the execution of the Accord, while the Advisory Body provides input and feedback. Hence the Advisory Body's main aim is to ensure a constructive dialogue among all stakeholders (Article 6 of the Accord). By means of the

two bodies, network structures are created to enhance the de facto authority of the Accord. Furthermore, these bodies not only create governance structures between the stakeholders, but also reflect a multi-centred coordination process. There is a wide variety of stakeholders involved not only with the adoption of the Accord, but also with its implementation.

4.1.2 Implementation and Compliance Mechanisms

These aspects, in particular the creation of governance structures that include multiple stakeholders and a multi-centred coordination process, emerge from the literature as essential for the creation of auditing and training systems based on mutually recognized incentives and sanctions. The Accord has a well-designed architecture for implementation and compliance. First of all, it provides for an innovative monitoring strategy: Articles 1-3 of the Accord define the personal scope by connecting the intensity of inspections and level of remediation requirements to the production volumes of the supplier factories working for the signatory MNCs. By dividing the supplier factories into Tier 1, 2 and 3, respectively high to low production volumes, it not only reduces the inspections to manageable numbers, but it also focuses on supplier factories that are more likely to make a substantial difference in the Bangladeshi RMG-Industry. A qualified, independent Safety Inspector will conduct inspections in the Tier 1, 2 and 3 factories. Based on the reports of the safety inspector – that are disseminated among the stakeholders and made public, at least in part – remedies need to be taken by the supplier factory. The inspection norms will be based on the Bangladesh tripartite national action plan⁴⁶ and further developed in cooperation with the Bangladeshi government. The signatory MNCs are made responsible for compliance by their supplier factories. As a result, they can use incentives (mainly financial support and guaranteed orders for at least the duration of the Accord, which is five years) and sanctions (via a warning system ultimately resulting in the termination of the business relationship)

⁴⁶ Adopted in March 2013: http://www.ilo.org/dhaka/Information/resources/WCMS_209285/lang-en/index.htm.

(Articles 21–25 of the Accord). The Accord also foresees a training programme on fire and building safety to be set up by a Training Coordinator. Training will be provided for workers, managers and security staff in Tier 1 factories, with the involvement of local trade unions and specialized staff. The aim of this training is to enable workers to voice concerns and participate in activities to promote their own safety, preferably via Health and Safety Committees that function in accordance with Bangladeshi law.

Although the Accord is adopted to respond to a problem (and hence reactive), these mechanisms show more resemblance to pro-active problem-solving actions using experimentation and deliberation to internalize open-ended standards. The Accord also provides more traditional command-and-control structures. The first is the use of a hotline for workers to alert Safety Inspectors about health and safety risks (Article 18 of the Accord). More significantly, Article 5 of the Accord provides for dispute resolution 'between the parties to, and arising under, the terms' of the Accord. The dispute resolution process consists of two instances: the steering committee and a binding arbitration process based on the New York Convention. An arbitration award is enforceable in a court of law of the country of domicile of the signatory against whom enforcement is sought. This provision is unprecedented in CSR (or TPR) initiatives. The fact that the signatory parties are willing to submit their actions to binding third-party dispute resolution significantly enhances the credibility and effectiveness of the Accord. It has been argued that this provision was the main reason for many North-American-based MNCs refusing to sign the Accord in fear of excessive undefined legal liability.⁴⁷ This is in particular the case when Article 5 is read in conjunction with Article 20, which provides for the establishment of a protocol that: (i) supports and motivates the employer to take remedial efforts in the interest of the workforce and the sector, and (ii) expedites prompt legal action where the supplier refuses to

⁴⁷ B. Hensler & J. Blasi, *Making Global Corporations' Labor Rights Commitments Legally Enforceable: The Bangladesh Breakthrough, Worker Rights Consortium* (2013).

undertake the remedial action required to become compliant with national law.

To conclude, the Accord applies a mixture of traditional command-and-control mechanisms combined with experimentalist pro-active problem-solving mechanisms. Together they provide credible mechanisms for the effective implementation of the Accord.

4.2 Analysis of the Legal Dimension of the Bangladesh Worker Safety Initiative

The Bangladesh Worker Safety Initiative of the Alliance for Bangladesh Worker Safety dates from 10 July 2013.⁴⁸ It recognizes that the individual CSR efforts of MNCs have not resulted in safe working conditions. Therefore a collective effort is required, to which end the Alliance is founded and the Initiative is launched. The twenty MNCs that joined the Alliance are of North-American origin. The Alliance is supported by several (mainly North-American) employers' associations and by BRAC⁴⁹ (an international NGO founded in Bangladesh). Furthermore, it seeks cooperation with other interested parties and key stakeholders, including the Bangladeshi government, the RMG-Industry and its workers, and other international organizations.

The Initiative of the Alliance is a five-year programme to improve factory safety by means of inspection, safety training for factory management and workers (both activities monitored by a third party) and a 'hotline' to enable workers to report safety concerns. The programme is supported by a funding allocation providing access to substantial low-cost capital for factory improvements.

⁴⁸ <http://www.bangladeshworkersafety.org/>.

⁴⁹ Bangladesh Rural Advancement Committee.

4.2.1 Legality and Legitimacy

The Initiative deals with safety in the factories in the Bangladeshi RMG-Industry that supply the signatory MNCs. As such it may be seen as a form of TPR. The introduction to the Initiative states that it is a legally binding commitment among the founding Alliance members. This means that it is only binding between the signatory MNCs and does not aim to assign legally binding rights that can be claimed by the workers covered by the Initiative against the signatory MNCs. As a result, the legally binding status of the Initiative is clearly limited to claims between the signatory MNCs in order to keep each other equally committed to the programme. This involves commitments concerning contributions to the worker safety fund and sharing of information on the factories supplying the MNCs and the safety inspection reports concerning those factories. Actions on claims of non-compliance can be brought for arbitration either in New York or in Toronto (Article 5(1)(a)(vii) of the Alliance Bylaw). Although it has its limits, this is an important provision. The case study by Robinson on the effectiveness of the Chiquita IFA, for instance, illustrated the vulnerability and risk of failure of TPR when a significant number of the market actors are not committed.⁵⁰

Moreover, even though it is claimed to be legally binding only for the signatory MNCs, the Initiative does create rights and obligations for Bangladeshi supply factories and their workers. When reading the Initiative, it gives the impression that it relies on a presumed hierarchical internal governance structure between the MNC and its suppliers, and the provisions in the Initiative consequently address either the Alliance or the Alliance Members (i.e., the MNCs). However, such governance structures are rare in the garment industry. As a result, if the Initiative is to be taken as a credible attempt to improve factory safety, it needs to include mechanisms to enhance natural de facto authority.

⁵⁰ P.K. Robinson, *International Framework Agreements: Do Workers Benefit in a Global Banana Supply Chain? in Shaping Global Industrial Relations. The Impact of International Framework Agreements* 164–178 (K. Papadakis ed., ILO/Palgrave Macmillan 2011).

With regard to the subject matter of the Initiative, it should be noted that factory safety comes under health and safety at work, which is the subject of many NGO and the ILO initiatives. However, these organizations are not as closely involved in the Initiative as they are in the Accord. For example, no reference is made to any of the initiatives of these organizations. Moreover, neither these organizations nor the Bangladeshi government have a guaranteed formal position or representation on the governance bodies set up to implement the Initiative. The Board of Directors is composed of four company representatives and four stakeholder representatives plus an elected chair. The stakeholder representatives can be NGOs and/or the ILO, but they can also be anyone else with qualifications in the areas of worker safety, human rights or labour (Article 5(2)(d)(ii) of the Alliance Bylaw). As a result, in contrast with the provisions of the Accord, the core group of stakeholders involved in the adoption as well as the implementation of the Initiative mainly concern the allied MNCs. Moreover, little effort is made to strengthen de facto authority by broadening the range of actors involved, either in the governance of the Initiative or in its implementation. Certain key stakeholders have a limited role or are simply absent: for example, there is no mention of trade unions or worker representatives. As a result, the Initiative remains weak with regard to de facto authority.

4.2.2 Implementation and Compliance Mechanisms

Although the content of the Initiative is similar to that of the Accord in terms of activities to be promoted – inspections, remediation and training for factory workers and management – from a regulatory point of view they differ considerably. Whilst the Accord pays great attention to governance and implementation mechanisms, the Initiative focuses on the formulation of norms and on what at some point ‘will be done’. For example, the Initiative states that the Alliance will appoint a Training Committee to develop a uniform set of fire and building safety educational standards. When a factory fails an inspection, it is required to take the training programme within thirty days. This sounds reasonable, though the same section of the Initiative then goes on to state that Alliance members (the MNCs)

'have pledged to work only with factories that ensure a safe working environment' and that they have committed 'not to source from any factory that the members find is unsafe'. Furthermore, regarding the remediation of unsafe situations, the Alliance 'will develop a process for validation and accountability'. Although this seems fair, from a regulatory point of view this means that norms will be set that the factories have to comply with (adopting a command-and-control approach). This leaves little room for a process in which the supplier company can gradually improve the safety situation by learning, identifying the underlying problems, and developing the necessary capabilities (through increased knowledge and understanding as well as financial means) to tackle these problems (adopting a problem-solving approach).

Similar to the Accord, the Initiative provides financial support for the factories to remedy unsafe situations identified in the safety reports. However, the focus is on the obligations of MNCs to contribute, rather than on creating financial incentives for supplier factories to participate in the programme, even though the Initiative recognizes the difficulties that local companies face in accessing affordable investment capital.

5 CONCLUSIONS

This article presents a comparative analysis of two initiatives adopted in response to a series of accidents in the Bangladeshi RMG-Industry, most notably the collapse of the Rana Plaza on 24 April 2013. The first is the Accord, adopted by mainly European MNCs jointly with two GUFs and a series of national trade unions, and the second the Initiative, launched by an Alliance of mainly North-American MNCs. With these two initiatives, the MNCs involved respond to pressure from society at large and workers in the Bangladeshi RGM-Industry to take their social responsibility, hence these initiatives are a form of CSR. Since these initiatives are adopted by private actors and have a transnational scope, they also qualify as TPR. They therefore raise questions about their nature and effectiveness: are they business-driven 'ethical marketing devices' (window-dressing) or are they serious human rights-driven

efforts to redefine and strengthen the social and ethical dimensions of corporate policies? From a legal point of view, considering that these initiatives are legally non-binding, voluntarist types of regulation (soft law), do they have the potential to effectively address the fire and construction safety problems in the Bangladeshi garment industry?

What stands out with regard to both initiatives is that they were both adopted in a rather short period of time following the disastrous collapse of Rana Plaza: the Accord within three weeks, and the Initiative within fourteen weeks. This would not have been possible if the route of public regulation had been taken, that is, if there had been a public regulator at the transnational level. Second, what positively distinguishes these initiatives from most other CSR initiatives is that they involve a substantial number of market-leading MNCs and cover a substantial share of the supplier factories active in the Bangladeshi garment industry (between 35% and 50%).

When comparing the two initiatives on the four dimensions, they differ considerably. It is inherent in the TPR nature of both initiatives that they lack legality or *de jure* authority. This can partly be compensated for by legitimacy or *de facto* authority and effective implementation and compliance mechanisms. The Accord seems to accomplish this better than the Initiative. Indeed the Initiative relies on traditional command-and-control mechanisms and monitoring by means of financial-style auditing, with little attention for the capabilities of the Bangladeshi factories and workers to identify and address problems, or the dangers of unreliable or false information supplied to audits. As such, it bears a strong resemblance to the early period of unilateral CSR codes that were often not effective in practice. Hence, the structure of the Initiative seems to limit its potential from the outset.

The Accord, on the other hand, provides an interesting mix of traditional command-and-control mechanisms, especially the arbitration procedure, and forms of experimental governance. The emphasis is on developing the capabilities of the factories and workers, and on constructive deliberation with all relevant

stakeholders, including the Bangladeshi government, trade unions and NGOs. The Accord accommodates many aspects that have been indicated in the literature as contributing positively to the effectiveness of CSR and TPR. The structure of the Accord is therefore more promising with regard to its expected effectiveness in practice and in terms of making a difference where the improvement of fire and construction safety is concerned. However, 'the proof of the pudding is in the eating', and it will depend on the use that actors make of these two recent initiatives to be able to see which one is the most effective in the end. The Accord however seems to offer the best architecture and instruments in this sense and seems most likely to lead to a real step forward.

Finally, some shortcomings of both initiatives should be pointed out. First, although the initiatives are not intended to be rivals, they are also not complementary. They just coexist. This complicates the situation, especially for the supplier factories, whose relations are often not limited to factories that have signed up to only one of the initiatives. Consequently they could be confronted with a confluence of obligations ensuing from both initiatives. Even if this could be forestalled with determination rules, it remains sub-optimal since two different sets of standards and incentives are in place. Another negative aspect is the five-year time limit. Although it is admirable that the aim of the initiatives is to remedy the unsafe fire and building situations within a period of five years, considering the magnitude of the problems it is unlikely that this can be achieved in such a short period. In addition, it remains unclear what will happen after those five years: will the actors involved learn lessons, adjust the content and renew the initiatives for another period of five years? Or will they simply abandon their commitments if pressure from public opinion and workers has diminished?

Finally, the major limitation of both initiatives is their material scope. Both address only the fire and building safety and even though this is a major issue that needs urgent attention, the workers in the Bangladeshi garment industry are also confronted with very low wages, inadequate working conditions, minimal employment and social security and severely limited voice. The question arises as to

what has to happen for MNCs to accept their CSR on these equally important and urgent issues and to start in a more comprehensive manner to ensure decent work for all.

Der Einfluss der EMRK auf das deutsche Arbeitsrecht**

*Angelika Nußberger**

ARBEIT UND RECHT

Volume 2014, issue 4, pp. 130–136

1 EINLEITUNG

Die Zeitschrift "Arbeit und Recht" feierte im Jahr 2013 ihr 60-jähriges Jubiläum. Das hatte sie mit der Europäischen Konvention für Menschenrechte gemeinsam, deren 60-jährigem Bestehen am 3.9.2013 gedacht wurde.

Diese Jubiläen sind ein guter Anlass zurückblenden zu der pionierhaften Anfangszeit, in der nicht nur in Deutschland allmählich ein neuer Alltag begann, sondern in der auch Europa nicht nur als Idee, sondern als neuer Rahmen des Zusammenlebens der Völker Europas – leider nur eines Teils, der Völker Westeuropas – begann, Gestalt anzunehmen. Die Welt der Arbeit sah damals noch vollkommen anders aus. Wer hätte in den 50er Jahren geahnt, dass einmal über Telearbeit, Quoten für Frauen in Aufsichtsräten oder ein Recht auf Elternzeit diskutiert wird?

Für eine Zeitschrift ist die Änderung des Beobachtungsgegenstands kein Problem. Sowohl Arbeit als auch Recht gab es vor 60 Jahren.

** Bei vorl. Veröffentlichung handelt es sich um die Schriftfassung eines am 8.11.2013 beim Festakt zum 60-jährigen Jubiläum der Zeitschrift "Arbeit und Recht" in Frankfurt gehaltenen Vortrags, der z. T. Ausführungen des in RdA 2012, 270-277 veröffentlichten Beitrags in aktualisierter Form aufnimmt. Der Aufsatz gibt ausschließlich die Meinung der Verfasserin wieder.

* Richterin am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, Straßburg

Beides gibt es auch noch heute, wenn auch in anderer Form. Eine Zeitung, auch eine Fachzeitschrift für Fragen des Rechts, ist per se Spiegel der Entwicklungen, die stattfinden. Sie lebt davon, Kommentare zu den immer wieder neuen Entwicklungen aufzunehmen und wichtiges nachzuzeichnen. Ganz von selbst wird sie zur Chronik und zum Geschichtsbuch. Anders ist dies mit einem völkerrechtlichen Vertrag, mit dem man gemeinsame Werte verbindlich festlegt. Auch wenn die Zeit sich wandelt, ändert der Vertrag sich nicht oder, wie im Fall der EMRK, nur langsam auf der Grundlage von Protokollen. Das 15. und das 16. Zusatzprotokoll sind gerade zur Unterzeichnung aufgelegt worden, betreffen aber keine inhaltlichen Änderungen, sondern nur Verfahrensfragen.

Aber wie soll ein Vertrag, der einen vor 60 Jahren gültigen Wertkonsens festgelegt hat, noch heute nicht nur bestimmend, sondern auch wegweisend sein? Die Antwort, die der *EGMR* gegeben hat, ist, dass es sich bei der Europäischen Menschenrechtskonvention um ein "lebendiges Instrument" handelt, das immer wieder neu ausgelegt werden muss.¹ Das gilt sogar für so grundlegende Werte wie das Verbot der "unmenschlichen Behandlung oder Folter". Sicher ist, dass dies damals wie heute gilt. Aber was bedeutet "unmenschliche Behandlung"? In den 50er Jahren hätte man einem von den Eltern geschlagenen Kind noch geantwortet, "Prügel haben noch nie geschadet". Heute wird dies als Verletzung des Verbots der unmenschlichen Behandlung angesehen.²

Noch tiefgreifender ist der Wandel der Menschenrechte im Bereich des Arbeits- und Sozialrechts. Denn diese Rechte waren aus dem mit der Konvention geschaffenen effektiven Schutzsystem schlicht

¹ Vgl. zu der Besonderheit der Auslegung der EMRK als "lebendiges Instrument" *George Letsas, A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2007, S. 65 ff, *Hans-Joachim Cremer, Regeln der Konventionsinterpretation*, in: *Dörr/Grothe/Marauhn, EMRK / GG. Konkordanz-Kommentar*, Tübingen 2013, S. 162 ff (183 ff).

² Vgl. die grundlegende Entscheidung *EGMR* 25.4.1978, *Tyler vs. Vereinigtes Königreich*, Beschwerde Nr. 5856/72, 25/04/1978, A 26.

ausgeschlossen und auf einen anderen Vertrag, der allenfalls ein Schattendasein führt und dessen Umsetzungsmechanismus – anders als bei der EMRK – keine Zähne hat, verwiesen worden: die Europäische Sozialcharta. Sie ist etwa 10 Jahre nach der EMRK ausgearbeitet worden. Ihren Forderungen wird aber bis heute nicht durch einen Gerichtshof Nachdruck verschafft. Im Text der EMRK fanden und finden sich nur wenige der dem Arbeitsrecht zuzurechnenden Garantien, wie etwa das Verbot der Zwangsarbeit und die Koalitionsfreiheit. Und dennoch spricht der Gerichtshof heute Recht über Fälle, die Grundfragen des Arbeits- und Sozialrechts betreffen, da er viele allgemeine Rechte wie insbes. das Recht auf Privatsphäre und das Recht auf Eigentum erweiternd ausgelegt hat. Auch das Recht auf ein faires Verfahren spielt eine große Rolle.

Im Folgenden sollen einzelne Kontroversen, insbes. Sparmaßnahmen und Kürzungen bei mit dem AV verbundenen Leistungen, Koalitionsfreiheit und Streikrecht, Meinungsfreiheit und Loyalitätspflichten im AV, Religionsfreiheit und Arbeitsrecht sowie Schutz gegen Zwangsarbeit, exemplarisch herausgegriffen werden.

2 SPARMAßNAHMEN UND KÜRZUNGEN

Von aktueller Bedeutung ist die Frage, inwieweit in Krisensituationen Rechte und Privilegien zurückgenommen werden dürfen, die dem Einzelnen aufgrund Gesetzes als Sozialleistung zustehen. Die an den Gerichtshof herangetragenen Fälle betreffen bisher insbes. Griechenland, Portugal und Ungarn, Länder, deren Finanzprobleme notorisch sind. Die Grundfragen der Menschenrechtsverletzungen durch Sparmaßnahmen, die in Rechte eingreifen, auf die man glaubt, einen Anspruch zu haben, stellen sich aber allgemein für alle Systeme, selbst wenn es nur um kleinere Einsparungen geht.

Anknüpfungspunkt in der EMRK ist das Recht auf Eigentum, das der Gerichtshof in einer Reihe von Entscheidungen innovativ weiterentwickelt hat. Während das *BVerfG* nur mit Eigenleistungen "erdiente", in Entstehung begriffene Ansprüche eigentumsrechtlich

schützt, wendet der Gerichtshof Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls grundsätzlich auf alle gesetzlich garantierten Ansprüche an. Auf Renten bezogen führt der Gerichtshof im Fall *Da Conceicao Mateus* und *Santos Januario vs. Portugal* aus:

“All die Prinzipien, die grundsätzlich in den Art. 1 P 1 betreffenden Fällen zur Anwendung kommen, sind gleichermaßen relevant, wenn es sich um Renten handelt. Diese Bestimmung gewährt kein Recht, Eigentümer zu werden. Aufgrund der gleichen Logik kann sie nicht so interpretiert werden, als sichere sie ein Recht auf eine Rente in einer bestimmten Höhe zu. Art. 1 P 1 beschränkt nicht die Freiheit der Vertragsstaaten zu entscheiden, ob sie irgendeine Form sozialer Sicherheit aufbauen wollen oder nicht, oder zu entscheiden, welche Art und in welcher Höhe Leistungen auf der Grundlage eines solchen Systems garantiert werden sollen. Wenn jedoch ein Vertragsstaat eine Gesetzgebung in Kraft gesetzt hat, die auf rechtlicher Grundlage die Zahlung einer Rente vorsieht – gleich, ob sie von Beitragszahlungen abhängig ist oder nicht – dann ist diese Gesetzgebung so zu interpretieren, dass sie ein eigentumsrechtlich geschütztes Interesse, das unter Art. 1 fällt, für all diejenigen begründet, die die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen. Die Reduzierung oder Aufhebung einer Rentenzahlung kann einen Eingriff in das Eigentum darstellen, der zu rechtfertigen ist.”³

Diese Rspr. wendet der Gerichtshof in dem portugiesischen Fall auch auf Urlaubs- und Weihnachtsgelder, die zusätzlich zur Rente gewährt werden, an und geht damit davon aus, dass diese Ansprüche Art. 1 Protokoll Nr. 1 (Recht auf Eigentum) unterfallen. Allerdings entscheidet der Gerichtshof hier wie auch in einem ähnlich gelagerten griechischen Fall dennoch, dass die Reduzierung der Ansprüche keine Konventionsverletzung darstellte.⁴ Im griechischen Fall verweist er auf die “Existenz einer außer-gewöhnlichen, in der jüngeren Geschichte einmaligen Krise” und betont, es handele sich um einen Teil eines größer angelegten Sparprogramms, mit dem ein Beitrag zur unmittelbaren Minderung der staatlichen Ausgaben geleistet werde. Sozial-, wirtschafts- und finanzpolitische Ziele des Gesetzgebers könne der Gerichtshof

³ EGMR 8.10.2013, *António Augusto da Conceição u. Lino Jesus Santos Januário vs. Portugal*, Beschwerde Nr. 62235/12 und Nr. 57725/12, para. 18, Übersetzung der Verfasserin.

⁴ EGMR 7.5.2013, *Koufakiet Adedy vs. Griechenland*, Beschwerden Nr. 57665/12 und Nr. 57657/12.

grundsätzlich nicht in Frage stellen, es sei denn, sie entbehrten jeglicher vernünftigen Grundlage. Während es sich in dem griechischen Fall um eine dauerhafte Reduktion handelt, ist die Maßnahme in Portugal als vorübergehend gedacht; in beiden Fällen sieht der Gerichtshof kein Problem, soweit die Konsolidierungsmaßnahmen eine entsprechende Zeit brauchen. Weder bei einer Reduktion des Nettogehalts von 2.400 € auf 1.800 € im griechischen Fall noch bei einem etwa 10 %igen Verlust der Rentenansprüche im portugiesischen Fall sieht der Gerichtshof eine besondere Bürde für den Einzelnen, insbes. da niedrigere Einkommen verschont würden. Der Gerichtshof erklärt, er sei nicht kompetent dafür zu beurteilen, ob es auch noch andere, unter Umständen weniger einschneidende Maßnahmen gegeben hätte. Auf der Grundlage dieser Argumentation erklärt der Gerichtshof beide Beschwerden für “offensichtlich unbegründet” und damit unzulässig.⁵

Nun ist es interessant, diese beiden Fälle mit ungarischen Fällen zu vergleichen, in denen die Sparmaßnahmen die Entschädigungszahlungen bei Kündigung nach langjähriger Tätigkeit im Staatsdienst betrafen.⁶ In diesen – im Übrigen politisch brisanten – Fällen hat der Gerichtshof Konventionsverletzungen festgestellt. Den Kürzungen war in Ungarn ein Machtkampf zwischen Regierung und Verfassungsgericht vorangegangen, da das Verfassungsgericht die entsprechenden Kürzungen mehrfach für verfassungswidrig erklärt hatte, die Regierung aber mit Verfassungsänderungen reagiert und gleichzeitig die Kompetenzen des Verfassungsgerichts beschnitten hatte.

⁵ Anders hatte der auf der Grundlage der Eur. Sozialcharta ESC (in ihrer revidierten Fassung) urteilende *Europäische Ausschuss für Soziale Rechte* die Sachlage in Griechenland beurteilt und die Einschnitte als mit dem Recht auf Soziale Sicherheit unvereinbar bezeichnet, Entscheidung 23.5.2012 – Beschwerde Nr. 66/2011 – *Adegy/Griechenland* und Entscheidungen 7.12.2012 – Beschwerde Nrn. 76-80/2012 – *IKA-ETAM u. a./Griechenland*, AuR 2013, 220, Übersetzung *Torsten Walter*.

⁶ *EGMR* 14.5.2013, *N.K. M. vs. Ungarn*, Beschwerde Nr. 66529/11; *EGMR* 25.6.2013, *Gáll vs. Ungarn*, Beschwerde Nr. 49570/11, *EGMR* 2.7.2013, *R. Sz. vs. Ungarn*, Beschwerde Nr. 41838/11.

Im Gegensatz zu den gegen Griechenland und Portugal gerichteten Beschwerden stellte der Gerichtshof hier wesentlich auf das Vertrauensschutzprinzip ab. Es ging um die Entlassung einer Beamtin nach 30 Jahren Dienstzeit. Grundsätzlich hätte sie eine Entschädigungszahlung erwarten können. Allerdings trat wenige Tage vor der Kündigung ein neues Gesetz in Kraft, das für die Zahlung eine 52 %ige Steuer vorsah, während im Übrigen eine Steuerrate von 16 % galt. Der volle Betrag der Kompensationsleistung wurde daher nicht ausgezahlt, sondern die entsprechende Steuer vorab abgezogen. Der Gerichtshof ging auch hier von einem eigentumsrechtlich geschützten Recht aus, obwohl die Beschwerdeführerin (BF) den entsprechenden Betrag nie bekommen hat und zu dem Zeitpunkt, zu dem ihr Anspruch entstand, das Gesetz bereits geändert war. Der Gerichtshof stellt insofern auf eine "langjährige Erwartung" ab:

"Für den Gerichtshof können derartige langjährige Erwartungen, die durch über viele Jahre hinweg geltende gesetzliche Garantien verstärkt worden sind, nicht einfach missachtet werden. Die Rechtfertigung für den Schutz legitimer Erwartungen, die auf einer gesetzlichen Regelung gründen, ist, dass das Gesetz das Vertrauen schützen soll, das in eine gesetzliche Regelung gesetzt worden ist. Für den Gerichtshof beruht gutes Regieren auf dem Vertrauen zwischen den Regierenden und den Regierten.⁷

Auch bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung stellt der Gerichtshof auf das Vertrauen ab und berücksichtigt die schwierige Situation der Betroffenen, die im Moment der Arbeitslosigkeit einen Teil ihres Schutzes verlieren. Es ist ein konstitutives Merkmal der Rspr. des Gerichtshofs zu berücksichtigen, ob bei derartigen Maßnahmen dem Einzelnen eine besondere Bürde ("an excessive burden") auferlegt wird; die Terminologie ähnelt dem in der Rspr. der dt. Gerichte entwickelten "Sonderopfer". Eine Verurteilung auf der Grundlage der EMRK wegen der Kürzung von Sozialleistungen wird aber immer eher die Ausnahme als die Regel sein.

⁷ *N.K. M. vs. Ungarn*, 14.5.2013, Beschwerde Nr. 66529/11, para. 37; Übersetzung der Verfasserin.

3 KOALITIONSFREIHEIT UND STREIKRECHT

Der EGMR hat bereits in frühen Entscheidungen festgestellt, dass das Recht, Gewerkschaften zu bilden und sich ihnen anzuschließen,⁸ und das Recht der Gewerkschaften, für ihre Mitglieder zu sprechen, ihre Interessen zu vertreten und damit gehört zu werden,⁹ unmittelbar aus Art. 11 EMRK ableitbar sind. Dagegen sah er das Recht auf Eintritt in Kollektivverhandlungen und den Abschluss von Kollektivverträgen nicht als inhärentes Element von Art. 11 EMRK an.¹⁰

In diese Rspr. ist in jüngster Zeit aufgrund einer Reihe von Fällen zum türkischen Recht Bewegung gekommen. Wegweisend war das Urteil der Großen Kammer im Fall *Demir und Baykara vs. Türkei*,¹¹ in dem auf der Grundlage einer Revision der bisherigen Rspr. anerkannt wurde, dass Kollektivverhandlungen zum Kernbereich von Art. 11 EMRK gehören und dass darüber hinaus auch die unter die Ausnahmebestimmung von Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK fallenden "Angehörigen der Staatsverwaltung" grundsätzlich dieselben Rechte wie alle anderen AN haben müssen. Dies war eigentlich nur ein obiter dictum, da es im konkreten Fall um Kommunalbeamte ging und damit, wie der Gerichtshof explizit feststellt, nicht um

⁸ EGMR 27.10.1975, *National Union of Belgian Police vs. Belgien*, Series A Nr. 19, S. 17 para. 38.

⁹ EGMR 27.10.1975, *National Union of Belgian Police vs. Belgien*, Series A Nr. 19, S. 17 para.39; EGMR 6.2.1976, *Swedish Engine Drivers' Union vs. Schweden*, Beschwerde Nr. 5614/72, Series A Nr. 20, para. 40; EGMR 6.2.1976, *Schmidt und Dahlström vs. Schweden*, Beschwerde Nr. 5589/72, Series A Nr. 21, para. 36, Series A Nr. 21, EGMR 2.7.2002, *Wilson, National Union of Journalists und andere vs. Vereinigtes Königreich*, Beschwerden Nr. 30668/96, 30671/96 und 30678/96, para. 44.

¹⁰ EGMR 6.2.1976, *Swedish Engine Drivers' Union vs. Schweden*, Beschwerde Nr. 5614/72, Series A Nr. 20, para. 39, *Schmidt and Dahlström vs. Schweden*, Beschwerde Nr. 5589/72, Series A Nr. 21, para. 34.

¹¹ EGMR 12.11.2008, *Demir und Baykara vs. Türkei*, Beschwerde Nr. 34503/97, RJD 2008, AuR 2009, 269 ff.

Angehörige der Staatsverwaltung im engeren Sinn. Wörtlich führt die Große Kammer aus:

“Wie andere Arbeiter sollten Beamte mit Ausnahme von ganz besonderen Fällen solche Rechte genießen, aber ohne die Wirkungen von “rechtmäßigen Einschränkungen”, die den “Angehörigen der Staatsverwaltung” iSv. Art. 11 Abs. 2 auferlegt worden sein mögen, zu berühren ...”¹²

Im Fall der von den türkischen Kommunalbeamten gegründeten Gewerkschaft sieht der Gerichtshof keine Rechtfertigung für eine Beschränkung der Rechte und erklärt folgerichtig die gerichtliche Nichtigserklärung der von der Gewerkschaft ausgehandelten Kollektivvereinbarung sowie aller ihrer sonstigen Aktionen und Aktivitäten für konventionswidrig. Dabei geht er von einem nur geringen Ermessensspielraum der Staaten bei der Feststellung eines “dringenden sozialen Bedürfnisses” zur Rechtfertigung der Einschränkung der aus der Koalitionsfreiheit ableitbaren Rechte aus und verneint dies im konkreten Fall insbesondere mit Blick auf die von der Türkei im Rahmen der Internationalen Arbeitsorganisation übernommenen völkerrechtlichen Verpflichtungen.¹³

In dem Urteil *Enerji Yapi-Yol Sen vs. Türkei*¹⁴ stellt eine Kammer des Gerichtshofs in der Folge fest, dass jedenfalls ein generelles Streikverbot nach der Schrankenklausele des Art. 11 Abs. 2 EMRK nicht gerechtfertigt sei:

“Der Gerichtshof erkennt an, dass das Streikrecht keinen absoluten Charakter hat. Es kann bestimmten Bedingungen unterworfen und Gegenstand bestimmter Einschränkungen werden. Auf diese Weise kann das Prinzip der Gewerkschaftsfreiheit mit dem Verbot des Streikrechts von

¹² EGMR 12.11.2008, *Demir und Baykara vs. Türkei*, Beschwerde Nr. 34503/97, RJD 2008, para. 154; Übersetzung der Verfasserin.

¹³ EGMR 12.11.2008, *Demir und Baykara vs. Türkei*, Beschwerde Nr. 34503/97, RJD 2008, para. 117 ff; kritisch zur Methode der Großen Kammer *Achim Seifert*, Recht auf Kollektivverhandlungen und Streikrecht für Beamte. Anmerkungen zur neuen Rspr. des EGMR, KritV 2009, 357 ff; a. A. *Klaus Lörcher*, Soziale Menschenrechte im individuellen Arbeitsrecht nach *Demir und Baykara*, AuR 2011, 88 ff.

¹⁴ EGMR 21.4.2009, *Enerji Yapi-Yol Sen vs. Türkei*, Beschwerde Nr. 68959/01, AuR 2009, 274 f.

Beamten, die hoheitliche Funktionen im Namen des Staates ausüben, vereinbar sein. Gleichwohl kann das Streikverbot, auch wenn es bestimmte Kategorien von Beamten betreffen kann (...), sich nicht wie im vorliegenden Fall auf die Beamten im Allgemeinen oder auf die Arbeiter in öffentlichen Handels- oder Industrieunternehmen des Staates erstrecken. Daher müssten die gesetzlichen Einschränkungen so klar und eng wie möglich die Kategorien der betroffenen Beamten bestimmen.“¹⁵

In weiteren Urteilen wurden verschiedene im Zusammenhang mit der Teilnahme an Streiks auferlegte Disziplinarmaßnahmen, auch von beamteten Lehrkräften, für konventionswidrig erklärt.¹⁶

Vor diesem Hintergrund werden die Möglichkeiten und Spielräume der dt. arbeits- und verwaltungsgerichtlichen Rspr. bei der Entscheidung über die aus der Koalitionsfreiheit ableitbaren Rechte, insbes. die Zulässigkeit eines undifferenzierten Verbots des Streikrechts der Beamten, kontrovers diskutiert.¹⁷ Die Fachgerichte sind in einer Dilemma-Situation, da das *BVerfG* sie einerseits mit der *Görgülü*-Entscheidung¹⁸ zur “Berücksichtigung” der Rspr. des *EGMR* verpflichtet hat, sie aber andererseits auch an die Bindungswirkung der von der Rspr. des *EGMR* abweichenden

¹⁵ *EGMR* 21.4.2009, *Enerji Yapi-Yol Sen vs. Türkei*, Beschwerde Nr. 68959/01, para. 32; Übersetzung der Verfasserin.

¹⁶ *EGMR* 27.3.2007, *Karacay vs. Türkei*, Beschwerde Nr. 6615/03; *EGMR* 13.7.2010, *Cerikci vs. Türkei*, Beschwerden Nr. 33322/07; *EGMR* 19.9.2009, *Kaya und Seyhan vs. Türkei*, Beschwerde Nr. 30946/04; vgl. dazu *Klaus Lörcher*, Menschenrecht auf Streik im öffentlichen Dienst – Keine Disziplinierung bei Teilnahme, *AuR* 2011, 303-307.

¹⁷ Vgl. *Ralf Brinktrine*, “Hat das grundgesetzliche Streikverbot für Beamte eine europäische Zukunft?”, *ZG* 2013, 227-241, *Di Fabio*, Das beamtenrechtliche Streikverbot, München 2012, *Claudia Schubert*, Das Streikverbot für Beamte und das Streikrecht aus Art. 11 EMRK im Konflikt, *AöR* 2012, S. 92-117, *Jörg Polakiewicz*, *Adriana Kessler*, Das Streikverbot für deutsche BeamtInnen auf dem Prüfstand der Europäischen Menschenrechtskonvention, *Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft*, *GEW*, 2012, *Thomas Dieterich*, Arbeitskampfrechtsprechung als arbeitsteiliger Prozess deutscher und europäischer Gerichte, in: *Christine Hohmann-Dennhardt*, *Peter Masuch*, *Mark Villiger* (Hg.), *FS Renate Jaeger*, Kehl am Rhein 2011, S. 95-113.

¹⁸ *BVerfGE* 111, 307 ff.

Entscheidungen des *BVerfG*¹⁹ nach § 31 *BVerfGG* gebunden sind.²⁰ Die aktuelle Rspr. der VG zeigt das Spektrum der unterschiedlichen Lösungsansätze, das von einem Festhalten an einem auf die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums gegründeten allgemeinen Streikverbot für Beamte²¹ über eine Bejahung des Streikverbots, aber Unzulässigerklärung einer darauf beruhenden Disziplinarmaßnahme²² bis zur Annahme eines grundgesetzlich garantierten Streikrechts²³ reicht. Das *BVerwG* hat dem Streikverbot für Beamte weiterhin Geltung zuerkannt und die Lösung der Kollision mit der EMRK dem Gesetzgeber aufgegeben.²⁴

Zuzugeben ist, dass Kollisionen zwischen nationalem Verfassungsrecht und Konventionsrecht besonders schwierig zu lösen sind, da einerseits aus verfassungsrechtlicher Sicht Grundpostulate um der verfassungsrechtlichen Identität willen nicht aufgegeben werden dürfen, aus völkerrechtlicher Sicht dagegen die Unbeachtlichkeit entgegenstehenden Verfassungsrechts *conditio sine qua non* für die Wirksamkeit der Regelungen ist.²⁵ In dem Urteil des *BVerwG* werden, ebenso wie in der Lit.²⁶ verschiedene Lösungsmöglichkeiten vorgestellt.

¹⁹ BVerfGE 8, 17; 18, 17, 44, 249 (264).

²⁰ *Polakiewicz/Kessler* (Fn. 17), S. 44 ff.

²¹ VG *Osnabrück* 19.8.2011, 9 A 1/11.

²² VG *Düsseldorf* 15.12.2010, 31 K 3904/10.O, AuR 2011, 74 (Anm. *Löber*); OVG *Münster* 7.3.2012, 3 d A 317/11.O, AuR 2012, 184.

²³ VG *Kassel* 27.7.2011, 28 K 1208/10.KS.D und 28 K 574/10.KS. D, AuR 2012, 36 (Anm. *Buschmann*).

²⁴ *BVerwG* 27.2.2014 (*BVerwG* 2 C 1.13); zum Zeitpunkt der Fertigstellung des vorliegenden Aufsatzes lag der Verfasserin lediglich die Pressemitteilung, nicht aber das Urteil des *BVerwG* im Wortlaut vor.

²⁵ Vgl. dazu *Angelika Nußberger*, Europäische Menschenrechtskonvention, in: *Handbuch des Staatsrechts* Tübingen 2012, S. 135 ff, Rd. 5 ff.

²⁶ Zu einem möglichen Lösungsansatz mit einer Beschränkung des Streikrechts nach funktionalen Gesichtspunkten auf Beamte, die tatsächlich hoheitliche Funktionen wahrnehmen vgl. *Stefan Werres*, Der Einfluss der Menschenrechtskonvention auf das Beamtenrecht. Aktuelle Bestandsaufnahme unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, DÖV

Nicht unerwähnt bleiben in diesem Zusammenhang soll auch der Fall *Poa u. a. vs. UK*,²⁷ in dem es um das einer Gewerkschaft von Gefängniswärtern auferlegte Streikverbot ging. Hier hatten sich die BF bereits an die ILO gewandt mit der Folge, dass das Komitee für Vereinigungsfreiheit eine Entscheidung getroffen und eine Empfehlung ausgesprochen hat, das Streikverbot sei zwar rechtmäßig, die Kompensationsmaßnahmen aber zu ändern; insbes. sei das Verfahren vor dem Pay Review Body so auszugestalten, dass es grundsätzlich bindende Entscheidungen treffen könne und die Zusammensetzung Unabhängigkeit garantiere. Aus Sicht des Gerichtshofs betraf dieses Verfahren im Wesentlichen denselben Sachverhalt; daher erklärte er die Beschwerde für unzulässig. Dies bedeutet, dass entweder Schutz von der ILO oder vom *EGMR* gewährt werden kann, die beiden internationalen Kontrollorgane aber nicht gegeneinander ausgespielt werden sollen.

4 MEINUNGSFREIHEIT UND LOYALITÄTS- PFLICHTEN IM ARBEITSVERHÄLTNIS

4.1 Whistleblowing

Das Urteil *Heinisch vs. Deutschland*²⁸ zum sog. "Whistleblowing" hat in Deutschland in Wissenschaft und Öffentlichkeit große Resonanz gefunden.²⁹ Es war die erste Entscheidung, in der der Gerichtshof

2011, 873 ff, 880; vgl. zu den Folgen auch *Klaus Lörcher*, Das Menschenrecht auf Kollektivverhandlung und Streik – auch für Beamte, AuR 2009, 229 ff; zu dem Konflikt aus verfassungsrechtlicher Sicht *Battis*, in: *Sachs* (Hg.), Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Art. 33 Rd. 54.

²⁷ *EGMR* 21.05.2013, *Poa u. a. vs. Vereinigtes Königreich*, Beschwerde Nr. 59253/11, bei *Lörcher*, AuR 2013, 290.

²⁸ *EGMR* 21.7.2011, *Heinisch vs. Deutschland*, Beschwerde Nr. 28274/08, RJD 2011, AuR 2011, 355 ff.

²⁹ Vgl. Antrag der Länder Berlin und Hamburg, eine Entschließung des Bundesrates über eine gesetzliche Regelung zum arbeitsrechtlichen Informantenschutz herbeizuführen, die aber in der Sitzung am 14.10.2011 abgelehnt wurde (BR-Drs. 534/11); vgl. den von der SPD-

aufgefordert war, sich mit der Abgrenzung zwischen der Loyalitätspflicht gegenüber dem AG und dem Recht auf Meinungsfreiheit auseinanderzusetzen. Der zuvor entschiedene Fall *Guja vs. Moldawien*³⁰ hatte den Sonderfall der journalistischen Berichterstattung betroffen. Dabei hat der Gerichtshof verschiedene klare Kriterien entwickelt, nach denen ein "whistleblower" nicht sanktioniert werden darf, weder straf- noch arbeitsrechtlich. So ist zunächst zu prüfen, ob das Öffentlichmachen der Missstände die einzige Möglichkeit war oder ob eine Aufklärung auch erst einmal auf schonenderem Weg möglich gewesen wäre, insbesondere in internen Verfahren. Des Weiteren setzt sich der Gerichtshof mit der Frage auseinander, ob die Informationen von öffentlichem Interesse waren; dabei ist insbesondere auch zu berücksichtigen, ob sie auf anderem Wege gleichermaßen hätten erlangt werden können oder nicht. Wichtig ist auch die Authentizität der Informationen. Ebenso zu berücksichtigen ist der Schaden, der dem AG entstanden ist, wobei dieser wiederum ins Verhältnis zu den positiven Folgen der Aufklärung zu setzen ist. Das letzte relevante Kriterium ist schließlich der gute Glaube des Betroffenen. Jemand, der aus egoistischen Motiven heraus handelt oder dem es in erster Linie darum geht, einem anderen zu schaden, kann sich nicht als whistleblower auf den Schutz der Konvention berufen. Im Fall *Heinisch* waren alle diese Kriterien zu bejahen, so dass eine Konventionsverletzung festgestellt wurde. Inzwischen sind zu diesem Themenkomplex weitere interessante Entscheidungen ergangen, so etwa im Fall *Sosinowska vs. Polen*.³¹ Hier hatte sich eine Lungenspezialistin unter Berufung auf Art. 10 EMRK gegen eine disziplinarrechtliche Strafe gewandt, die ihr auferlegt worden war, nachdem sie das Fehlverhalten und die mangelnde Sachkompetenz ihrer Vorgesetzten gegenüber dem Klinikdirektor, Kollegen und externen Experten – unter Bezugnahme auf einzelne konkrete diagnostische und therapeutische Entscheidungen –

Fraktion in den BT eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Hinweisgebern – Whistleblowern, BT-Drs. 17/8567.

³⁰ *EGMR (GK)* 12.2.2008, *Guja vs. Moldawien*, Beschwerde Nr. 14277/04, RJD 2008.

³¹ *EGMR* 18.10.2011, *Sosinowska vs. Polen*, Beschwerde Nr. 10247/09.

gerügt hatte. Im parallel geführten arbeitsrechtlichen Verfahren war ihre Entlassung als ungerechtfertigt bezeichnet worden. Der Gerichtshof ging davon aus, dass die Ärztin auf eine "ernsthafte Dysfunktion bei der Arbeit" aufmerksam machen wollte. Entgegen den nat. Gerichten, die aufgrund des zwischen der Ärztin und ihrer Vorgesetzten bestehenden lang andauernden Streits der Kritik jede Objektivität und Legitimität absprachen, mahnte der Gerichtshof an, dass es auf die Wahrhaftigkeit der Argumente und den guten Glauben ankäme, gerade diese Aspekte von den nationalen Gerichten aber nicht untersucht worden seien. Das im Kodex für medizinische Ethik enthaltene allgemeine Kritikverbot widersprach aus der Sicht des Gerichtshofs dem öffentlichen Interesse an einer guten Behandlung der Patienten. Zudem kritisierte der EGMR, dass die Disziplinargerichte die Feststellungen der Arbeitsgerichte vollkommen ignoriert hatten. Auch wenn der Gerichtshof in der Entscheidung *Sosinowska vs. Polen* die Entscheidung *Heinisch vs. Deutschland* nicht zitieren konnte, da sie zu diesem Zeitpunkt noch nicht rechtskräftig geworden war, ist doch evident, dass hier der Ansatz, das öffentliche Interesse an der Offenbarung eines Missstandes bei der Entscheidung über einen Konflikt zwischen Meinungsfreiheit und sich aus dem AV ergebenden Pflichten als wichtigen Faktor in Rechnung zu stellen, weitergeführt wird.

Nicht unerwähnt bleiben soll auch eine weitere Entscheidung von weitreichender Bedeutung, die aufgrund der Diskussionen im Fall *Snowden* noch zusätzlich an Brisanz gewonnen hat. Im Fall *Bucur* und *Toma vs. Rumänien*³² ging es um einen Mitarbeiter des rumänischen Geheimdienstes, der im Rahmen seiner beruflichen Aktivität eine Vielzahl von Unregelmäßigkeiten feststellte. Insbesondere erfuhr er, dass eine Reihe von Politikern, Journalisten und Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens, vor allem nach besonders spektakulären Veröffentlichungen in der Presse, abgehört wurde. Der BF trat mit dieser Information an die Öffentlichkeit, nachdem er den Vorsitzenden einer Parl. Kommission eingeweiht hatte und dieser ihm erklärt hatte, seine Kommission

³² EGMR 8.1.2013, *Bucur u. Toma vs. Rumänien*, Beschwerde 40238/02.

könne aufgrund der engen Verbindungen zwischen dem Kommissionsvorsitzenden und dem Präsidenten des Geheimdienstes nicht wirkungsvoll gegen den Missstand vorgehen. Ein rumänisches Militärgericht verurteilte den BF zu einer zweijährigen Haftstrafe auf Bewährung. Der Gerichtshof aber verurteilte Rumänien wegen Verletzung von Art. 10 der Konvention. Der Fall ist dem Fall *Heinisch* vergleichbar, auch wenn es in letzterem "nur" um arbeitsrechtliche Sanktionen einer ungerechtfertigten Kündigung ging, während im Fall *Bucar und Toma vs. Rumänien* eine strafrechtliche Verurteilung im Raume stand.

4.2 Meinungsfreiheit von Gewerkschaftsvertretern

Auch bei verschiedenen Beschwerden, die Sanktionen gegenüber Gewerkschaftsvertretern betrafen, war Art. 10 EMRK iVm. Art. 11 EMRK entscheidungserheblich. Im von der Großen Kammer entschiedenen Fall *Palomo Sanchez u. a. vs. Spanien* sah der Gerichtshof keine Verletzung in der Entlassung von Gewerkschaftsvertretern, die eine Aussage von zwei Angestellten vor Gericht als sexuelle Handlung gegenüber dem Management karikiert und einen entsprechenden Cartoon und Artikel in einem auch auf dem Schwarzen Brett ausgehängten Gewerkschaftsjournal veröffentlicht hatten.³³ Ein wesentlicher Gesichtspunkt bei der Entscheidung war, dass das Verhalten nicht unmittelbar Teil der Gewerkschaftsaktivität war und gegen das Prinzip des guten Glaubens in dem auf Vertrauen basierenden AV verstieß. Der Gerichtshof erkannte grundsätzlich an, dass die Meinungsfreiheit im Rahmen des AV im Vergleich zur allgemeinen Meinungsfreiheit aufgrund besonders störender Folgewirkungen ("*disruptive effects*") eingeschränkt sein könne.

"Der Gerichtshof bemerkt, dass Arbeitsbeziehungen, um fruchtbar zu sein, auf gegenseitigem Vertrauen aufbauen müssen. Wie das Arbeitsgericht zu

³³ *EGMR (GK)* 12.9.2011, *Palomo Sanchez u. a. vs. Spanien*, Beschwerden Nr. 28955/06; 28957/06; 28959/06; 28964/06, RJD 2011.

Recht festgestellt hat, können einige Bekundungen des Rechts auf Meinungsfreiheit, die in anderen Zusammenhängen legitim sein können, im Rahmen von Arbeitsbeziehungen nicht legitim sein, auch wenn die Forderung, auf der Grundlage des Arbeitsvertrags in gutem Glauben zu handeln, keine absolute Loyalitätspflicht den Interessen des Arbeitgebers gegenüber beinhaltet.“³⁴

Damit sah der Gerichtshof eine Entlassung als gerechtfertigte Reaktion an.

In der Entscheidung *Vellutini und Michel vs. Frankreich* dagegen wurde die strafrechtliche Sanktion gegen Gewerkschaftsvertreter, die in einem Streit mit dem Bürgermeister mit heftigen und provozierenden verbalen Attacken für Gewerkschaftsmitglieder Partei ergriffen hatten, als Verstoß gegen Art. 10 EMRK gewertet, da es sich um eine öffentliche Debatte um die Erfüllung der Arbeitgeberpflichten des Bürgermeisters gehandelt habe.³⁵

5 RELIGIONSFREIHEIT UND ARBEITSRECHT

5.1 Konflikt zwischen Religionsausübung und Bestimmungsrecht des AG

Über Konflikte zwischen aus dem AV resultierenden Pflichten und religiösen Überzeugungen hatte der Gerichtshof in einer Reihe von britischen Fällen zu entscheiden. Im Fall *Nadia Eweida vs. Vereinigtes Königreich* ging es um eine Angestellte von British Airways, die zum Tragen einer Uniform verpflichtet war, entgegen dem bindenden Dresscode ihres AG aber darauf bestanden hatte, ein kleines Kettchen mit einem Kreuz als Ausdruck ihrer

³⁴ EGMR (GK) 12.9.2011, *Palomo Sanchez u. a. vs. Spanien*, Beschwerden Nr. 28955/06; 28957/06; 28959/06; 28964/06, RJD 2011, para. 76; Übersetzung der Verfasserin.

³⁵ EGMR 6.10.2011, *Vellutini und Michel vs. Frankreich*, Beschwerde Nr. 32820/09.

Zugehörigkeit zur koptischen Kirche sichtbar zu tragen.³⁶ Hier beanstandete der Gerichtshof die unverhältnismäßige Einschränkung der Rechte der BF und stellte eine Konventionsverletzung fest. Anders entschied er dagegen in dem ähnlich gelagerten Fall der Krankenschwester *Shirley Chaplin*, der das Tragen eines Kruzifixanhängers aus hygienischen Gründen und wegen Verletzungsgefahr untersagt wurde.³⁷ Dies sah der Gerichtshof als sachlich gerechtfertigt an.

Ähnliche Probleme warfen die Beschwerden von zwei Briten auf, die es als nicht vereinbar mit ihrem christlichen Glauben ansahen, im Rahmen ihrer Arbeitstätigkeit bestimmte Pflichten gegenüber homosexuellen Paaren wahrzunehmen.³⁸ In einem Fall ging es um die Weigerung einer Standesbeamtin, Zivilpartnerschaften von homosexuellen Paaren zu registrieren, im anderen Fall um den Widerstand eines Eheberaters, auch bei Sexualproblemen von homosexuellen Paaren eine psychologische Beratung durchzuführen. Die britischen Gerichte hatten die Beschwerden gegen die Entlassungen zurückgewiesen. Dem stimmte der Gerichtshof zu. Auch er sah hier keine unverhältnismäßige Beschränkung der Rechte der BF.

5.2 Konflikt zwischen Koalitionsfreiheit und Autonomie der Kirchen

Gleichfalls viel Emotionen aufgewirbelt hatte der Fall *Sindicatul Pastoral cel Bun vs. Rumänien*, bei dem die Pflicht des Staates, die kirchliche Autonomie zu schützen mit der Pflicht, gewerkschaftliche

³⁶ EGMR 15.1.2013, *Nada Eweida u. a. vs. Vereinigtes Königreich*, Beschwerde Nr. 48420/10, Nr. 36516/10, Nr. 51671/10 und Nr. 59842/10, RJD 2013.

³⁷ EGMR 15.1.2013, *Shirley Chaplin vs. Vereinigtes Königreich*, Beschwerde Nr. 59842/10, RJD 2013.

³⁸ EGMR 15.1.2013, *Ladele and McFarlane vs. Vereinigtes Königreich*, Beschwerden Nr. 48420/10, Nr. 36516/10, Nr. 51671/10 und Nr. 59842/10, RJD 2013.

Tätigkeit zuzulassen, kollidierte.³⁹ Geklagt hatte eine Gruppe von Priestern und Laien, die alle bei der orthodoxen Kirche auf der Grundlage von AV beschäftigt waren. Ihnen wurde aber verweigert, eine Gewerkschaft zur Wahrnehmung ihrer wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Belange zu gründen, da der Erzbischof die dafür erforderliche Zustimmung nicht erteilt hatte. Die Kammer hatte in ihrem Urteil nicht den Konflikt zwischen Art. 9 und Art. 11 EMRK in den Mittelpunkt gerückt, sondern vielmehr nach den Begrenzungsmöglichkeiten der Koalitionsfreiheit gefragt und war auf dieser Grundlage zu einer Konventionsverletzung gekommen.⁴⁰ Anders war der Ansatz der Großen Kammer, die anerkannte, dass Rumänien zwischen zwei konkurrierenden Menschenrechten, einerseits der Religionsfreiheit, die insbes. auch die autonome Regelung innerer Angelegenheiten von Glaubensgemeinschaften umfasst, und andererseits der Koalitionsfreiheit, einen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechenden Ausgleich gefunden hatte. Die Gründung von Gewerkschaften sei in Rumänien nicht grundsätzlich ausgeschlossen, dürfe nur nicht gegen das Veto des Bischofs erfolgen. Nach Ansicht der Gr. Kammer beinhalte die EMRK kein Recht darauf, innerhalb einer Religionsgemeinschaft abweichende Meinungen zu vertreten. Den Staaten wurde aufgrund der uneinheitlichen Regelungen zur Koalitionsfreiheit in den verschiedenen Mitgliedstaaten ein weiter Entscheidungsspielraum bei derartigen Streitfragen zuerkannt.⁴¹

³⁹ EGMR 31.1.2012 (3. Sektion), *Sindicatul "Pastorul cel Bun" vs. Rumänien*, Beschwerde Nr. 2330/09; EGMR (GK) 9.7.2013, *Sindicatul "Pastorul cel Bun" vs. Rumänien*, Beschwerde Nr. 2330/09, AuR 2014, 31.

⁴⁰ EGMR (3. Sektion) 31.1.2012, *Sindicatul "Pastorul cel Bun" vs. Rumänien*, Beschwerde Nr. 2330/09.

⁴¹ EGMR (GK) 9.7.2013, *Sindicatul "Pastorul cel Bun" vs. Rumänien*, Beschwerde Nr. 2330/09; kritisch dazu *Dorssemont*, Is a prohibition of a trade union of clergymen promoting democratic values truly necessary in a democratic society? *Annuaire de Droit et Religion*, Vol. 7, 2013, im Erscheinen.

5.3 Umfang des Schutzes der Privatsphäre und des Rechts auf Familie

Besonders nachhaltig war in Deutschland die Diskussion über den Einfluss des Urteils des *EGMR* in der Sache *Schüth vs. Deutschland*⁴² auf das deutsche Arbeitsrecht.⁴³ Allerdings wurde nur im Fall *Schüth* eine Verletzung festgestellt, nicht aber in den ähnlich gelagerten Fällen *Obst*⁴⁴ und *Siebenhaar*.⁴⁵ Auch hier ging es wiederum um den Konflikt zwischen unterschiedlichen konventionsrechtlich geschützten Positionen, um die kirchliche Autonomie als Teil der Religionsfreiheit und das Recht auf Schutz des Privatlebens, die es miteinander zum Ausgleich zu bringen galt. Wie in den meisten arbeitsrechtlichen Fällen standen sich auch hier wieder Private gegenüber; die staatliche Verantwortung beruhte auf der positiven Verpflichtung zur konventionskonformen Konfliktlösung durch die ArbG. Die Besonderheit dieser Konstellation zeigte sich auch bei der Schadensersatzberechnung auf der Grundlage von Art. 41 EMRK. Nachdem der Gerichtshof nur einen Fehler bei der Abwägung der verschiedenen Interessen durch die Gerichte festgestellt, nicht aber das Ergebnis der Entscheidung als solches gerügt hatte, erkannte er im Ergebnis auch nur 40.000 € und nicht, wie vom BF gefordert, fast eine Dreiviertelmillion Schadensersatz

⁴² *EGMR* 23.9.2010, *Schüth vs. Deutschland*, Beschwerde Nr. 1620/03, AuR 2011, 307 ff.

⁴³ *Christoph Grabenwarter*, Kirchliches Arbeitsrecht und Menschenrechtskonvention, in: Christine Hohmann-Dennhardt, Peter Masuch, Mark Villiger (Hg.), FS Renate Jaeger, Kehl am Rhein 2011, S. 639 ff, *Gauthier de Beco*, Le Droit au respect de la vie privée dans les relations de travail au sein des sociétés religieuses – L’approche procédurale de la Cour Européenne des Droits de l’Homme, Rev.trim. dr. h. 2011, S. 375 ff, *Jacob Joussen*, Die Folgen des Mormonen- und des Kirchenmusikerfalls für das kirchliche Arbeitsrecht in Deutschland, RdA 2011, 173 ff, *Martin Plum*, Kirchliche Loyalitätsobliegenheiten im Lichte der Rechtsprechung des EGMR, NZA 2011, 1194 ff.

⁴⁴ *EGMR* 23.9.2010, *Obst vs. Deutschland*, Beschwerde Nr. 425/03, AuR 2010, 447.

⁴⁵ *EGMR* 3.2.2011, *Siebenhaar vs. Deutschland*, Beschwerde Nr.18136/02, AuR 2011, 131.

zu.⁴⁶ In den Fällen *Obst* und *Siebenhaar* dagegen hat der Gerichtshof judiziert, dass die von den ArbG durchgeführte Abwägung konventionsrechtlich nicht zu beanstanden sei.

Ähnlich wie in Fällen, die den Ausgleich zwischen Meinungsfreiheit und Privatsphäre betreffen, erfordert jeder Einzelfall eine Detailprüfung. Dennoch aber soll der Gerichtshof nicht zur 4. Instanz mutieren. Der Gerichtshof hat sich oftmals kritisch mit der ihm in derartigen Fällen zukommenden Rolle auseinandergesetzt. Er ist nicht Superrevisionsinstanz, sondern soll nur über die Einhaltung der in der Konvention niedergelegten Mindestanforderungen wachen. Gerade in den arbeitsrechtlich relevanten Fällen der Kollision grundrechtlich geschützter Rechte in privaten Rechtsverhältnissen, in denen dem Staat nur eine Schutz- und Ausgleichspflicht zukommt, betont der Gerichtshof grundsätzlich den weiten Ermessensspielraum und die daraus folgende geringe Kontrolldichte bei der Überprüfung der Entscheidungen.

“Im Allgemeinen ist der Ermessensspielraum gleichermaßen groß, wenn der Staat einen Ausgleich herstellen muss zwischen konkurrierenden privaten und öffentlichen Interessen, die von der Konvention geschützt sind”.⁴⁷

Dies gilt insbes. auch dann, wenn sich kein “europäischer Konsens”, keine einheitliche Rechtsansicht zu einer bestimmten Rechtsfrage in den verschiedenen Staaten des Europarats herausgebildet hat.

“Der Gerichtshof betont außerdem, dass der dem Staat zuerkannte Ermessensspielraum größer ist, wenn es keinen Konsens zwischen den Mitgliedstaaten des Europarats gibt, sei es mit Blick auf die jeweilige Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Interessen, sei es mit Blick auf die besten Mittel, um sie zu schützen.”⁴⁸

⁴⁶ EGMR 28.6.2012 (gerechte Entschädigung), *Schüth vs. Deutschland*, Beschwerde Nr. 1620/03.

⁴⁷ EGMR 3.2.2011, *Siebenhaar vs. Deutschland*, Beschwerde Nr. 18136/02, para. 39; Übersetzung der Verfasserin.

⁴⁸ EGMR 3.2.2011, *Siebenhaar vs. Deutschland*, Beschwerde Nr. 18136/02, para. 39; Übersetzung der Verfasserin.

Damit genügt es auch, wenn der Gerichtshof im Ergebnis zu der Feststellung kommt, die gefundene Lösung "scheine nicht unvernünftig";⁴⁹ dies entspricht in etwa einer Vertretbarkeitsprüfung. Die europäische Kontrolle ist damit vergleichsweise zurückhaltend.

6 SCHUTZ GEGEN ZWANGSARBEIT

Abschließend sollen noch 2 Judikate aus jüngerer Zeit Erwähnung finden, die gleichermaßen wichtig für das Arbeitsrecht sind. Es handelt sich um die Entscheidungen des Gerichtshofs in den Fällen *Siliadin vs. Frankreich*⁵⁰ und *CN. und V. vs. Frankreich*,⁵¹ in denen erstmals das Problem der Zwangsarbeit thematisiert wird. BF im ersten Fall war ein junges Mädchen aus Togo, das, durch eine Bekannte des Vaters vermittelt, nach Frankreich zu einer Familie kam, für die sie unentgeltlich und ohne Freizeitausgleich sieben Tage die Woche arbeiten musste. Nachdem ihr Pass konfisziert worden war und sie sich illegal im Inland aufhielt, war sie in einer besonders verletzlichen Situation. Erst nach mehreren Jahren wurde eine Nachbarin auf ihre Situation aufmerksam und schaltete die Staatsanwaltschaft ein. Das Strafverfahren wurde allerdings eingestellt; nur im zivilrechtlichen Verfahren wurde das verantwortliche Ehepaar zu einer Entschädigungszahlung verpflichtet. Der zweite Fall, *CN und V. vs. Frankreich*, war ähnlich gelagert, es ging um zwei Schwestern aus Burundi, die von ihren Verwandten in Frankreich ausgebeutet wurden. Im Fall *Siliadin* verurteilte der Gerichtshof Frankreich, da es keine strafrechtliche Regelung vorgesehen hatte, die eine derartige menschenrechtsverachtende Ausnutzung eines schutzbedürftigen jungen Menschen unter Strafe gestellt hätte, und damit seinen Schutzpflichten nicht

⁴⁹ EGMR 3.2.2011, *Siebenhaar vs. Deutschland*, Beschwerde Nr. 18136/02, para. 46: "Aux yeux de la Cour, les conclusions des juridictions du travail ne paraissent pas déraisonnables "

⁵⁰ EGMR 26.7.2005, *Siliadin vs. Frankreich*, Beschwerde Nr. 73316/01, RJD 2005-VII.

⁵¹ EGMR 11.10.2012, *CN. und V. vs. Frankreich*, Beschwerde Nr. 67724/09.

nachgekommen war. In dem zweiten Fall unterschied der Gerichtshof zwischen den beiden Schwestern und nahm eine Verletzung nur bei der älteren Schwester an, die ausschließlich für die Familie arbeiten musste, nicht aber bei der kleineren Schwester, die die Schule besuchen konnte. Inzwischen hat Frankreich ein entsprechendes Gesetz verabschiedet.

7 SCHLUSSBEMERKUNG

Der kurze Überblick über die in jüngerer Zeit vom *EGMR* entschiedenen Fälle zeigt, dass nichts mehr ist wie in den 50er Jahren. Damals wurde mit der EMRK ein völkerrechtlicher Vertrag entworfen, um nach den leidvollen Erfahrungen in den 30er und 40er Jahren einen Rückfall in die Diktatur zu verhindern und auch, um freiheitliche Positionen zu verteidigen und abzugrenzen gegenüber völlig anderen Gesellschaftsmodellen im Osten Europas. 60 Jahre später ist die Konvention ein allgemeiner Orientierungspunkt bei Entscheidungen zu Fragen der Stellung des Einzelnen in der Gesellschaft geworden. Dies betrifft auch das Arbeits- und Sozialrecht. Eine Vielzahl von Fragen wird an den Gerichtshof herangetragen, und er bemüht sich, adäquate Antworten zu geben und allgemeineuropäische Mindeststandards zu definieren. Damit wird auch für das dt. Arbeitsrecht ein Rahmen vorgegeben. Manchmal sind die Rahmenleisten so gesetzt, dass sie bei nationalen Auseinandersetzungen keine Rolle spielen, weil sie sehr viel Raum für unterschiedliche Lösungen lassen. Aber oftmals, insbes., aber nicht nur, wenn der Gerichtshof in gegen Deutschland gerichteten Fällen entscheiden muss, werden auch Postulate aufgestellt, die in der nationalen Diskussion noch keine ausreichende Berücksichtigung gefunden haben, so dass in der Folge Neuregelungen oder Rechtsprechungsänderungen erforderlich sind. Der Blick von außen tut allgemein gut. Dabei können nationale Besonderheiten bestehen bleiben, solange sie den Mindeststandards nicht widersprechen. Eine Harmonisierung des Rechts ist nicht intendiert, vielmehr eine Art von "streamlining", wenn es menschenrechtlich relevante Forderungen zu verwirklichen gilt.

Mittlerweile ist der *EGMR* auch in Deutschland vergleichsweise bekannt. Der "Weg nach Straßburg" ist eine Option, die auch in der politischen Diskussion immer wieder eine Rolle spielt. Wenn deutschsprachige Periodika, gerade auch, wenn sie wie "Arbeit und Recht" auf bestimmte Teilbereiche des Rechts spezialisiert sind, die europäische Stimme zu Gehör bringen und über aktuelle Entscheidungen nicht nur informieren, sondern sie auch kritisch kommentieren, wird dies zur Durchsetzung des europäischen Menschenrechtsschutzes auch im arbeitsrechtlichen Bereich beitragen.

Le droit du travail et la sécurité sociale au Pérou: Évolutions et défis de ces vingt dernières années

Leopoldo Gamarra Vélchez*

REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA
SÉCURITÉ SOCIALE

Volume 2014, issue 1, pp. 40-48

INTRODUCTION

Notre objectif est de réfléchir sur l'évolution du Droit du travail et de la sécurité sociale au cours de ces vingt dernières années au Pérou. Pour cela, nous présenterons les traits les plus marquants de cette période, à travers la caractérisation de chaque décennie du point de vue économique et son influence sur les normes du travail et de prévoyance. Nous exposerons également quelques politiques d'emploi et de sécurité sociale qui ont représenté un défi au cours de ces années. Nous proposerons enfin quelques idées en guise de conclusion.

* Professeur de Droit du travail et sécurité sociale à la Faculté de droit et sciences politiques de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, membre du Conseil consultatif du Ministère péruvien du travail et de la promotion de l'emploi, Spécialiste du travail et de la prévoyance du Congrès de la République.

1 LES ANNEES 90 ET L'AMPLEUR DU CHANGEMENT

1.1 La mondialisation économique en toile de fond

La mondialisation économique en marche depuis les années 80 a eu un effet inattendu dans le monde. Nous nous attendions, comme l'affirmait Alvin Toffler¹, à ce qu'elle nous conduise vers un village commun et à ce que les frontières nationales disparaissent. Et pourtant des blocs régionaux sont apparus, formés de pays avec des intérêts précis, surtout économiques. À tel point que Manuel Castells souligne que le monde se divise en une triade²: l'Amérique du Nord, l'Union Européenne et l'axe asiatique.

En effet, les anciennes alliances stratégiques des pays de diverses régions, formées à différents moments, ont décidé de renforcer les schémas d'intégration existants. Au cours de ces expériences, l'aspect économique a prévalu sur le social, qui n'était qu'un instrument pour atteindre les objectifs du marché commun. Cela a généré une série de contradictions: la question sociale exprimée dans la marginalité et l'exclusion des majorités, reflétant des déséquilibres dont les processus d'ouverture sont justement le facteur aggravant.

Néanmoins, le processus de mondialisation économique n'a pas seulement consisté à libérer les marchés nationaux mais il a également eu une incidence sur les formes de production, il a redéfini les modèles d'organisation des entreprises pour améliorer la compétitivité sur le marché, il a modifié le comportement des individus, leurs relations au travail et la valeur du travail dans son ensemble. De même, les effets de l'innovation technologique et les exigences au niveau des modèles de compétitivité sur le marché ont mis en échec les profils traditionnels de la demande de main-d'œuvre. De plus en plus de besoins sont apparus quant à

¹ A. Toffler, *La Tercera Ola*, Barcelona, Éd. Plaza Janes, 1981.

² M. Castells, *La Galaxia Internet*, Barcelona, Éd. Areté, 2001, p.127.

l'utilisation des technologies en réseau, en tant que part substantielle de la croissance du marché, et le retour à l'État garant du marché libre a même été évoqué. Ce processus, connu sous le nom de néolibéralisme³, « propose l'universalisation des lois économiques, l'exigence de l'internationalisation des économies pour la modernisation des sociétés... »⁴, le jeu libre avec les lois de la concurrence et le processus de privatisation des entreprises publiques⁵.

En somme, les années 80 ont représenté une période de transition vers la définition d'un nouvel ordre économique et politique dans le monde, qui s'est matérialisé lors de la décennie suivante. En Amérique Latine, les dictatures autoritaires ont cédé la place à des démocraties politiques⁶, alors qu'au Pérou, l'hyperinflation a éclaté

³ Cette dénomination est un néologisme qui permet de présenter une nouvelle étape du libéralisme comme processus d'hégémonie idéologique et politique dans la pensée politique contemporaine. D'un point de vue économique, le terme néolibéral vient du fait que ses mesures s'approchent des pré-keynésiens ou des libéraux. D'un point de vue social, l'idée s'est répandue que le bien-être général ne peut être qu'une conséquence de la liberté des marchés. Cela a provoqué préoccupations et critiques dans de nombreux secteurs sociaux, du fait de l'injustice de l'ordre néolibéral et de son unidimensionnalité. En Amérique Latine, voir la Lettre de la Compagnie de Jésus intitulée « *El neoliberalismo en América Latina* » (Mexico, 14 novembre 1996). Également le livre de Francisco Chamberlain Hayes, *Neoliberalismo y desarrollo humano*, Lima, Éd. Institut d'éthique et développement humain, Université Antonio Ruiz de Montoya, Mai 1998.

⁴ O. Ugarteche, *El falso dilema, América Latina en la economía global*, Lima, Fondation Friedrich Ebert - FES, 1997, p. 20.

⁵ Comme la mise en place des politiques du Fonds monétaire international, de la Banque mondiale et de l'Organisation mondiale du commerce, inspirées du Consensus de Washington. Décrits par Joseph Stiglitz dans son œuvre *El malestar en la globalización*, Madrid, Éd. Taurus, 2002.

⁶ Le retour au régime démocratique a débuté en 1979 en Équateur et au Nicaragua, suivi en 1980 par le Pérou, en 1982 par la Bolivie et le Honduras, en 1983 par l'Argentine, en 1984 par Le Salvador, en 1985 par le Brésil et l'Uruguay, en 1986 par le Guatemala, en 1989 par le Paraguay, et en 1990 par le Chili. En outre, plusieurs pays ont entrepris des réformes constitutionnelles: Équateur en 1978, Pérou en 1979,

et a accentué, avec la violence politique, les effets de la crise économique.

1.2 Assouplissement du marché du travail

De pair avec la mondialisation économique sont arrivés sur le marché mondial de nouvelles cultures d'entreprise, de nouveaux *savoir-faire* et de nouvelles écoles⁷ d'organisation qui ont favorisé l'assouplissement du marché du travail quant à la production de biens et de services. Ce phénomène a débuté en Amérique Latine avec le néolibéralisme comme idéologie et la formation socioéconomique, et s'est concrétisé dans la dérégulation ou dérèglementation qui supposait « une réduction drastique des niveaux de protection légale, et même collective, avec la suppression des normes, afin de parvenir à ce que les conditions de travail soient fixées avec le libre accord des parties, en revenant au jeu du marché du travail. Au fond, ce qui est latent dans la dérégulation, est un désir de revenir aux origines, de retour aux anciens dogmes de la doctrine libérale pure; (...) la dérégulation suppose de remettre en question les principes mêmes du Droit du travail. La dérégulation requiert, dans une certaine mesure et de manière paradoxale, l'intervention de l'État, à travers des lois se limitant à garantir le libre jeu de l'autonomie individuelle... »⁸.

Une importante étude de l'OIT, dirigée par María Luz Vega⁹ sur ce sujet, indique qu'à la différence du reste des pays, les réformes du travail en Argentine et au Pérou ont été les plus profondes, avec une

Honduras en 1982, Le Salvador en 1983, Guatemala en 1985, Nicaragua en 1986, Brésil en 1988 et Paraguay en 1992, entre autres.

⁷ Outre le modèle allemand, les modèles italien, suédois et japonais ont également eu leur importance au cours des années 70 et 80. Mais pour chacun d'eux l'assouplissement du travail a impliqué une redistribution moins équitable du produit et des systèmes de production.

⁸ A. Blasco Pelicer, *La individualización de las relaciones laborales*. Madrid, CES, 1995, pp. 31-32.

⁹ M. Luz Vega Ruiz (éd.), *La reforma laboral en América Latina. Un análisis comparado*, Lima, Bureau régional de l'OIT pour l'Amérique Latine et les Caraïbes, (première édition), 2001, p. 248.

claire tendance à l'assouplissement, comme l'indique le tableau suivant.

Orientation générale des réformes du travail en Amérique Latine

Réformes profondes tendant clairement à l'assouplissement	Réformes moins étendues dans une perspective d'assouplissement	Réformes d'assouplissement de moindre portée	Aucune réforme appliquée mais des changements tendant à l'assouplissement
Argentine Pérou	Brésil Colombie Panama	Chili Équateur Guatemala Nicaragua République Dominicaine Venezuela	Bolivie Honduras Mexique Uruguay Le Salvador Paraguay

Source: Tableau réalisé par Adolfo Ciudad Reynaud à partir des informations dudit travail de María Luz Vega

La réforme d'assouplissement au Pérou, lancée en 1991, comprenait quatre secteurs fondamentaux: droits individuels, droits collectifs, normes de procédure et dispositifs sur la sécurité sociale, à travers des mesures qui ont modifié la relation entre le travailleur et l'employeur, vers un nouveau Droit du travail et une nouvelle Sécurité sociale¹⁰.

En matière de droits individuels, l'institution centrale du Droit du travail, le contrat de travail en soi, source de tous les droits des travailleurs, a été réformée¹¹. Le principal effet a été le

¹⁰ À ce sujet, voir L. Gamarra Vilchez et F. Alemán Páez, *Dos Modelos de Reforma Laboral: Perú y España*, Lima, Edial, 1998.

¹¹ D'un autre côté, l'assouplissement du salaire a eu deux origines: l'une micro et l'autre macro. La première, dérivée de la mise en pratique de

développement des multiples formes de recrutement temporaire, avec des exigences légales permettant d'y avoir recours dans presque tous les cas. Cette temporalité est considérée comme précarité de l'emploi, car elle accroît l'incertitude chez les travailleurs et « introduit un élément d'inefficacité dans la relation de travail, car le travailleur investira une partie de son temps (et de sa capacité productive) à se protéger d'une éventuelle fin de contrat... »¹².

En ce qui concerne les modes de recrutement, le Pérou est donc devenu l'un des marchés du travail les plus souples d'Amérique Latine, résultat de l'application de la Loi de promotion de l'emploi (décret législatif 728 de novembre 1991 et ses amendements). Ce qui a aggravé le chômage des personnes expérimentées qui tentaient de revenir sur le marché du travail.

En ce qui concerne les droits collectifs, la réforme du travail a affaibli et fait disparaître de nombreuses organisations syndicales¹³ qui traversaient une crise idéologique, d'organisation et de représentation. Résultat de l'application du Décret-loi 25593 du 2 juillet 1992 qui définissait la syndicalisation par entreprise et non par secteur, ce qui suppose de disposer de plus de 20 travailleurs. Cela signifie que seuls les travailleurs d'une grande ou moyenne entreprise peuvent se syndicaliser; ainsi donc, dans le commerce et

nouvelles formes d'organisation ne correspondant pas à la segmentation du travail définie par le système tayloro-fordiste, et qui permettait d'assigner la rémunération par rapport à un poste de travail déterminé. La seconde, les nouveaux systèmes de rémunération, à caractère macro, est celle qui a actuellement le plus de conséquences sur les revenus des travailleurs. L'internationalisation des marchés, partie intégrante de la mondialisation de l'économie, a conduit l'expansion des appareils productifs à dépendre du marché extérieur, ce qui rompt la relation qui existait auparavant entre le salaire et la consommation.

¹² C. Garavito, *Intervención del Estado en el mercado de trabajo: Ley de Fomento del Empleo*, Lima, document de travail n° 125, Département d'économie de l'Université catholique pontificale du Pérou, mars 1996, p. 18.

¹³ Une analyse rigoureuse de l'organisation syndicale dans le travail d'Alfredo Villavicencio Ríos, *La Libertad Sindical en el Perú*, Document de l'OIT, n° 114, 1999.

les services, activités qui concentrent la part principale de la population économiquement active (PEA), il n'existe aucun syndicat. À cela est venu se greffer la crise économique des années 90 qui a touché de nombreuses entreprises et a forcé la réduction du nombre de travailleurs en dessous de la limite comme pré-requis à l'existence d'un syndicat¹⁴. Au niveau de la grève, nous pouvons signaler que pendant la période étudiée, elle a considérablement diminué; néanmoins, des tensions ont été latentes, sans se manifester, en réponse au changement des règles des relations au travail¹⁵.

En ce qui concerne la gestion de la justice au travail, la réforme n'est pas parvenue à surmonter le problème de l'autonomie procédurière. La Loi 26636 du 24 juin 1996 a marqué un retour aux normes civiles malgré le fait que la procédure judiciaire du travail doit répondre à d'autres critères et disposer de principes propres. Bien que cette procédure soit, en grande partie, similaire à la procédure commune, il faut en exclure l'utilisation de normes civiles, car l'aspect social n'est pas aussi développé que l'aspect professionnel dans la procédure civile¹⁶. Enfin, en janvier 2010 a été approuvée la

¹⁴ Guillermo Boza Pró souligne les limites du Décret-loi 25593: « Nueva regulación de las relaciones colectivas de trabajo », *Revista Asesoría Laboral*, juillet 1992, pp. 14-17.

¹⁵ Voir le travail de Francisco Ercilio et Konrad Valladares, *Desregulación y discriminación en las relaciones laborales, los sectores textiles, confecciones y agroexportador en el Perú 1978-2011*, Lima, CEDAL, 2013.

¹⁶ La procédure judiciaire du travail était lente, bureaucratique, formelle et loin d'être expéditive. Les procédures judiciaires professionnelles étaient écrites, complexes et conçues pour durer entre 4 et 6 ans minimum. Les juges disposaient de compétences réduites et de nombreux magistrats du travail ne présentaient pas la spécialisation exigée dans cette branche spécifique du Droit. « Face à l'autonomie croissante des différents secteurs de la vie sociale, favorisée par le phénomène de mondialisation, avec ses rationalités spécifiques, et très souvent incompatibles entre elles, qui conduisent à la multiplication des systèmes auto-organisés et auto-régulés », comme l'indique le professeur de philosophie et de sociologie juridique à l'Université de Sao Paulo - Brésil, José Eduardo Faria dans son article « La globalización y

Nouvelle loi de procédure du travail, Loi 29497, abrogeant la précédente.

Enfin, le 6 décembre 1992 a été créé le Système privé des pensions (SPP), via le Décret loi 25897, afin de contribuer au développement et au renforcement du système de prévoyance dans le pays¹⁷. Le SPP se place comme une alternative au Système national des pensions (SNP) et permet au travailleur de décider s'il souhaite rester dans le SNP ou s'affilier au SPP¹⁸. Cependant, les coûts échoués de type endogène ont renchéri le service¹⁹, car ils constituent la principale source de différenciation face à l'absence de concurrence des prix; ce qui a mené à une réforme du système en 2012 avec la Loi 29903, Loi de réforme du système privé des pensions.

2 LA DERNIERE DECENNIE ET LA CROISSANCE ECONOMIQUE

2.1 Prospérité à l'exportation

À la fin des années 90, après avoir résolu l'hyperinflation et le terrorisme, le processus politique péruvien est devenu simultané et convergent avec les changements mondiaux, ce qui a conféré une certaine solidité au gouvernement d'alors, qui tombera plus tard

el futuro de la justicia », *Revista Trabajo y Seguridad Social*, Lima, octobre 1997, p. 64.

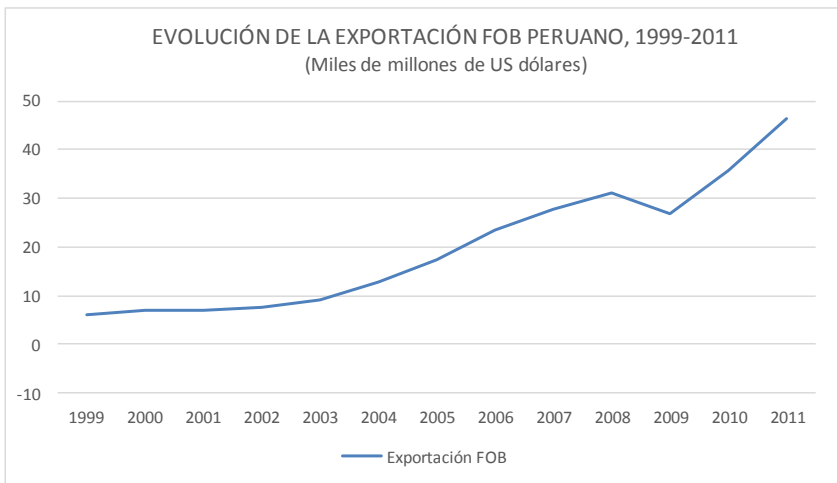
¹⁷ Un document très important sur le Système privé des pensions est celui dirigé par Luis Aparicio Valdez, *Revista Análisis Laboral*, vol. XXV, n° 283, janvier 2001.

¹⁸ Le Pérou a été le second pays de la région, après le Chili, à créer un SPP.

¹⁹ Un système des pensions dépend fondamentalement de plusieurs facteurs d'ordre structurel: la répartition des âges (espérance de vie), le fonctionnement de leur marché du travail, la taille de la force de travail active et ses niveaux de productivité et de salaire, ainsi que le montant de la cotisation et l'existence effective d'une grille des avantages sociaux.

pour corruption. Les années suivantes ont été prospères d'un point de vue économique, avec la croissance de tous les secteurs, en particulier l'exportation de matières premières, comme l'indique le graphique suivant. Par conséquent, le Pérou a vécu dix années consécutives sans déficit de la balance commerciale²⁰, ce qui a créé une sensation de progrès et de bien-être général.

ÉVOLUTION DE L'EXPORTATION FOB PÉRUVIEN, 1999-2011
(En milliards de dollars US)



Fuente: INEI, *Perú compendio estadístico 2012*, Lima, 2012, p.104.

Source: INEI, Perú compendio estadístico 2012, Lima, 2012, p. 104.

Cependant, en 2008, le début de la crise économique mondiale a coïncidé avec une certaine chute de la croissance économique péruvienne, mais sans conséquences négatives majeures. Le Pérou a obtenu des avancées significatives au niveau de son exercice macroéconomique ces dernières années, avec des taux de croissance du PIB très dynamiques, des taux de change stables et

²⁰ D'après la Banque centrale de réserve du Pérou, *Balanza de pagos desde 1950, Estadísticas del BCRP*, Lima, 2012.

une inflation basse²¹. Cette croissance s'explique principalement par le développement de la consommation privée et de la demande interne.

Néanmoins, la fracture entre la croissance économique et la situation sociale persiste au Pérou; en d'autres termes, le pays présente de profonds problèmes sociaux qui n'ont pas encore été résolus, entre autres: les causes de la segmentation de la structure du travail n'ont pas encore été dépassées, le pays n'est pas parvenu à une reconversion technologique ni à régler les graves problèmes de l'emploi. En conséquence, la majorité des femmes et des hommes au Pérou ne peuvent pas accéder à un emploi productif dans des conditions de liberté, d'équité, de sécurité et de dignité humaine.

2.2 Réforme constitutionnelle du travail?

En 1993, après l'interruption du régime démocratique, une nouvelle Constitution politique a été adoptée et a régulé la réduction des droits sociaux et du travail par rapport à la Constitution de 1979. Elle s'inscrit d'ailleurs dans la définition traditionnelle du « produit d'un effort délibéré de l'État pour établir une fois pour toutes un corps de mesures cohérentes, conformément auxquelles et pour lesquelles son gouvernement doit être défini et dirigé »²².

Néanmoins, après la chute du régime autoritaire et le retour à la démocratie en novembre 2000, un processus ferme de réforme constitutionnelle s'est mis en marche à travers le Tribunal constitutionnel (TC) qui a considérablement modifié les principaux

²¹ En effet, ces dix dernières années, l'économie péruvienne est en pleine croissance, avec une moyenne annuelle de 6,5 %, un taux d'inflation annuel fluctuant entre 1 et 3 % (fourchette objective fixée par la BCRP), ce qui en fait le plus bas en Amérique Latine, et un taux de chômage officiel stable à des niveaux inférieurs à 8 %.

²² J. Bryce, *Constitución flexible y constitucionales rígidas*, Madrid, Centre des études constitutionnelles, 1988, p. 7.

points du droit du travail, comme la stabilité professionnelle et les droits de prévoyance²³.

Dans la doctrine constitutionnelle, les organes chargés de la constitutionnalité ont une nature binaire: juridique et politique. Ainsi, dans le cas péruvien, le TC a indiqué qu'« étant donné son rôle d'acteur principal, il entretient la validité fonctionnelle de son intervention justement dans la nature de la Constitution. Du point de vue structurel et fonctionnel, la Constitution est la norme sur laquelle se fonde le système juridique et politique... »²⁴. En ce sens, l'élément juridique se concrétise de deux manières: en tant que régulateur lors de la résolution de conflits en général, et en tant que législateur « négatif » lorsqu'une inconstitutionnalité est avérée. L'élément politique « reste patenté, dans son effort pour préserver l'ordre constitutionnel et les droits et libertés des citoyens, en opérant comme pouvoir modérateur et correcteur des excès ou négligences fonctionnelles des pouvoirs constitués »²⁵.

²³ Cette période se démarque pourtant par deux lois importantes: la Loi 29497, Nouvelle loi de procédure du travail, du 15 janvier 2010 et en vigueur depuis juillet de la même année, qui a ajouté l'oralité à la procédure du travail actuelle. Elle vise à surmonter les graves problèmes du nombre de procédures du travail, et à rendre effectifs les droits substantiels des travailleurs. De même, la Loi 29783, Loi de sécurité et santé au travail, du 20 août 2011, vise à promouvoir dans le pays une culture de prévention des risques au travail et régule pour cela le devoir de prévention des employeurs, le rôle de contrôleur de l'État et la participation des travailleurs et de leurs organisations syndicales; elle propose également des politiques publiques à travers le dialogue social pour la promotion, la diffusion et le respect de la réglementation en la matière.

²⁴ Dossier 0050 - 2004 et autres AI/TC - 2005, dans le jugement d'inconstitutionnalité suivi par les Ordres des avocats de Cusco et de Callao et par plus de cinq mille citoyens contre la Loi 27600.

²⁵ V. García Toma, « El Tribunal Constitucional: la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas - interpretativas (normativas) », *Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n° 5, 2005, pp. 17 et s.

D'autre part, le TC péruvien a également défini la typologie et les effets de la jurisprudence constitutionnelle²⁶. Il existe ainsi deux classements: le premier comprend les jugements de cas d'espèce et de principe; le second les décisions estimatives, qui peuvent être de simple annulations, interprétatives à proprement parler ou interprétatives manipulatrices, et les jugements de rejet, simple ou interprétatif. De ce classement nous devons mettre en avant les jugements de principe, qui déterminent à proprement parler la jurisprudence constitutionnelle, dans la mesure où ils interprètent la portée et le sens des normes constitutionnelles et constituent les précédents inaliénables²⁷. Ces jugements font référence à des thèmes majeurs pour le pays, dans le cadre de l'intérêt collectif pour la vie commune pacifique.

Le précédent constitutionnel inaliénable « est la règle juridique exposée dans un cas particulier et concret, que le TC décide de définir comme règle générale, et qui devient donc un paramètre normatif pour la résolution de futurs conflits de nature analogue »²⁸. D'où l'importance des précédents, dont les effets s'apparentent à ceux d'une loi. Le TC péruvien indique lui-même quels sont les précédents inaliénables en matière de travail et de prévoyance.

Il convient de citer sur ce point les précédents inaliénables du TC péruvien en matière de droits du travail, en particulier celui de la stabilité professionnelle. En ce sens, la doctrine que le TC a développé pour le droit à l'emploi et consacrée dans l'article 22 de

²⁶ Dossier 004 - 2004 - CC/TC, dans le jugement de compétence entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif.

²⁷ Dans le domaine du travail nous pouvons citer: Dossier 1124-2001-AA/TC, FETRATEL contre Telefónica; Dossier 976-2001-AA/TC, Eusebio Llanos Huasco contre Telefónica; Dossier 206-2005-PA/TC, Antonio Baylos Flores contre E.P.S. EMAPA. Dans le domaine de la prévoyance: Dossier 0010-2002-AI/TC, dans le jugement contre les Décrets loi 25475, 25659, 25708 et 25880; Dossier 015-2001-AI/TC et Dossier 024-2001-AI/TC, dans les jugements contre le Décret d'urgence 055-2001.

²⁸ Domingo García Belaunde, Dictionnaire de jurisprudence constitutionnelle.

la Constitution est bien connue. En matière de prévoyance, il est possible de regrouper, avec un critère thématique et temporel, trois grandes tendances dans le travail du TC: l'introduction du droit au minimum vital, de critères pour la mobilité dans le système de prévoyance et l'insertion de la dyade travail-risque.

3 ÉTAPE DE RALENTISSEMENT ECONOMIQUE ET GRANDS DEFIS

3.1 Promotion de l'emploi et du travail décent

Au Pérou, la croissance économique ne va pas de pair avec le développement social, qui devrait se matérialiser dans la création croissante d'emploi de qualité pour favoriser la mobilité sociale ascendante. Ensuite, il est nécessaire d'améliorer la compétitivité de la production et de développer des mécanismes plus efficaces d'intégration sociale pour que les fruits de la croissance puissent conduire à l'amélioration du bien-être de la population.

Dans ce sens, la seule utilisation de mesures professionnelles avec des objectifs macroéconomiques, dans un contexte de crise économique internationale, n'est pas suffisant. Il est fondamental de promouvoir l'emploi et le travail décent²⁹ pour la transformation économique et sociale du pays³⁰. Pour cela, il faut lutter contre l'économie informelle, favoriser la productivité avec protection sociale, la sécurité et la santé au travail, et promouvoir l'emploi décent à travers l'initiative d'entreprise. Ces facteurs doivent être

²⁹ La notion de travail décent vient du Mémoire du directeur général de l'OIT, Juan Somavia, lors de la Conférence internationale du travail de 1999 qui portait justement le nom de travail décent.

³⁰ Il s'agit de corriger l'expérience des années 90: presque tous les pays ont apporté des corrections aux lois du travail afin d'assouplir leur caractère normatif, en éliminant des formes d'indexation, lorsqu'elles existaient, en introduisant des exceptions pour l'application du salaire minimum et en facilitant la réduction du salaire de diverses manières, sous le prétexte de créer plus d'emploi.

renforcés mutuellement par des activités permanentes avec le gouvernement, les organisations d'employeurs et de travailleurs.

Depuis plus de 80 ans³¹, différents gouvernements ont créé des commissions pour élaborer une Loi générale du travail; cependant, les tâches d'unification, de systématisation et de codification de la législation du travail n'ont été considérées que d'un point de vue formel; ni les organisations de travailleurs, ni celles des employeurs n'ont participé aux décisions définitives de ces commissions, ce qui explique en partie leur échec jusqu'en 2002³².

En somme, il faut adopter une norme réunissant dans un seul texte une législation du travail éparpillée³³, préalablement approuvée par les acteurs sociaux de manière tripartite; c'est-à-dire une législation unifiée dans un seul texte légal permettant aux acteurs et aux citoyens en général de mieux la connaître, de l'interpréter et de l'appliquer de manière plus efficace, et donc de dépasser la législation actuelle qui est diffuse et contradictoire dans de nombreux cas.

3.2 Institutionnalisation du dialogue social

Le développement et l'histoire des sociétés ont mis en évidence l'importance du dialogue social en général, symbole de l'effort de développement et de progrès de la vie commune des êtres humains.

³¹ Cette expérience a débuté en 1930, année de la nomination d'une commission, à travers la Loi 6871, chargée de réaliser cette tâche si importante. Voir collection d'avant-projets et projets de code du travail, OIT, 1983.

³² En 2002, grâce à la Loi 27711, Loi du Ministère du travail et de promotion de l'emploi, a été créé le Conseil national du travail (CNT) comme organe consultatif à caractère tripartite. Ledit organisme se compose des représentants des travailleurs, des employeurs et du Ministère du travail.

³³ Ce phénomène a débuté avec un lent processus d'apparition des mécanismes de régulation du travail via le développement de l'activité industrielle (M. Vega Centeno, *Crecimiento, industrialización y cambio tecnológico: Perú 1955 - 1980*, Lima, Université catholique pontificale du Pérou, 1980, p. 83).

Le dialogue social permet de renforcer la démocratie, de consolider la paix sociale au travail, et contribue à la modernisation de l'État. Il élargit la participation, et constitue la transition vers de nouveaux modèles de développement économique. Tout ceci se matérialise dans une institutionnalité propice, dans l'optique du dialogue tripartite, en tant qu'organisme public de participation, d'étude, de délibération et de proposition, formé démocratiquement par des représentants du gouvernement, des employeurs et des travailleurs. En d'autres termes, « *l'adoption d'accords, à caractère tripartite, auxquels participe le gouvernement en tant que sujet actif avec les représentants sociaux, pour prendre des décisions dans le domaine de la politique sociale et des relations au travail, est appelée concertation sociale* »³⁴.

Elle consolide à n'en pas douter la démocratie sociale pour deux raisons principales. En premier lieu, dans la démocratie sociale, l'État reconnaît les revendications des syndicats et les assume comme étant les siennes, transformant ainsi le conflit social en un phénomène intrinsèque et naturel. En second lieu, dans la démocratie sociale, c'est la pluralité des sujets participant à la formation de la volonté politique du peuple qui sont les protagonistes du travail politique de la nation, en garantissant que les intérêts particuliers seront pris en compte lors de toute décision pouvant les affecter. De cette manière, le pays peut passer de la démocratie formelle à une démocratie de plus en plus réelle.

Il faut remarquer que nous avons l'expérience du dialogue social avec l'élaboration et l'approbation de l'avant-projet de la Loi générale du travail au Conseil national du travail (CNT) au cours de la période 2002-2007. Néanmoins, cet espace de dialogue national en matière de travail doit être renforcé et institutionnalisé tant dans son fonctionnement que dans la participation même des organisations les plus représentatives des employeurs et des

³⁴ C. Moreno de Toro, « Diálogo y Concertación Social », dans la *Ley General del Trabajo, concertando voluntades: una experiencia de diálogo social*, Lima, Commission de travail du Congrès de la République juin 2007.

travailleurs, de sorte qu'elles soient réellement capables de consolider le système démocratique et de contribuer au développement socio-professionnel et productif du pays. Le dialogue social doit donc être stimulé et reconnu comme la voie permettant de traiter différents intérêts, de parvenir aux consensus de base sur la question du mode de construction de meilleures conditions socio-professionnelles exigées et attendues par les citoyens.

3.3 Adaptation de la législation nationale aux conventions de l'OIT

Il convient de promouvoir l'adéquation de la législation du travail nationale aux conventions internationales de travail ratifiées par notre pays, en particulier le respect des droits fondamentaux au travail, comme base pour le développement économique et social à travers la promotion d'une culture du dialogue, de recherche du consensus entre le gouvernement et les interlocuteurs sociaux.

Le Pérou s'est lancé dans plusieurs engagements internationaux en matière de travail, comme le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels; et au niveau régional avec le Protocole de San Salvador.

En outre, il est très important de tenir compte des décisions des organes de contrôle internationaux (comme les Nations Unies ou l'OIT) car ils ne se limitent pas à leur tâche d'adopter des traités internationaux, mais ils disposent également d'organes de contrôle qui surveillent le respect de ces traités par les États. Ces décisions « indiquent quels sont les points prioritaires sur lesquels les États devraient agir pour adapter leur législation et leur pratique à ces principes fondamentaux »³⁵. En d'autres termes, la ratification des traités suppose pour l'État péruvien et pour tous les États,

³⁵ X. Beaudonnet, « Las Normas de la Organización Internacional de Trabajo sobre Seguridad Social », au cours du Séminaire qui s'est tenu à l'hémicycle Raúl Porras Barrenechea du Congrès de la République, Lima, lundi 15 juin 2009.

l'obligation d'en respecter le contenu en toute bonne foi, et que la Constitution péruvienne intègre à son bloc de constitutionnalité tous ces traités sur les droits de l'homme.

3.4 Sécurité Sociale pour tous

La sécurité sociale pour tous, est un véritable défi³⁶, tant elle diffère de la prévoyance sociale, qui était en vigueur au Pérou il y a quelques dizaines d'années. En d'autres termes, la sécurité sociale pour tous s'entend comme la protection de toute la population, en particulier contre les risques et problèmes sociaux; même si l'élément central reste le travailleur, à partir duquel la protection s'étendra à sa famille et aux autres secteurs sociaux.

Dans le système des pensions, il faudrait intégrer un modèle mixte de retraite combinant le système public, comme composant de base et obligatoire, et le régime de capitalisation pleine et individuelle comme complément. En d'autres termes, un système public à deux composantes, dépassant le modèle dual ou optionnel: un système public de répartition et aux avantages définis, et un système privé de capitalisation individuelle, qui verserait une pension complémentaire.

En ce qui concerne le système de santé, l'accès universel réel aux services de santé et à la sécurité sociale, avec une participation citoyenne et de l'État, est essentiel. C'est-à-dire que nous proposons une nouvelle voie de développement du système de santé au Pérou, afin de lui permettre de parvenir aux objectifs de base de toute sécurité sociale, via l'action déterminante de l'État, sans qu'elle n'exclue l'initiative privée et la participation organisée des agents économiques et sociaux.

Enfin, la proposition de mise en place de la sécurité sociale comme voie possible doit naître d'une nouvelle équation de planification et

³⁶ La perspective de la sécurité sociale comme droit de l'homme et politique sociale de redistribution, et comme *ethos* normatif définissant des valeurs et des idéaux.

du marché, à partir d'un cadre structurel consacrant le domaine de la compétence de l'État, afin d'affronter avec succès les problèmes mentionnés dans les lignes précédentes. De cette manière, nous avancerons dans la construction d'une société rendant compatible le développement matériel d'une part, et l'équité sociale et la démocratie d'autre part.

CONCLUSION

Au cours des 24 dernières années, des évolutions positives ont été enregistrées en matière de travail au Pérou, mais nous devons distinguer les changements conjoncturels de ceux qui, structurels, marquent la tendance. Ce qui compte ce sont les résultats. Et l'un des principaux problèmes est le manque d'emploi qui, dans un pays, est le meilleur reflet, ou témoin, du conflit permanent entre l'aspect social et l'aspect économique, entre l'équité et l'efficacité, entre l'accumulation des pièces comptables et le bien-être des familles.

La réalité économique au Pérou révèle que les ajustements du travail se sont avérés insuffisants: plus de 70 % de la PEA se trouve en situation de sous-emploi, l'inégalité et l'iniquité dans la répartition des revenus se sont dégradées: 10 % de la population concentre 80 % de la richesse produite et le reste, c'est-à-dire 90 %, n'a accès qu'à 20 % de cette richesse.

Finalement, la réflexion sur l'évolution du Droit du travail et de la sécurité sociale au cours des vingt dernières années au Pérou nous autorise à définir des défis et à rappeler que l'histoire du Droit du travail, tant au niveau international que national, est marquée par l'intervention constante de l'État ou par la juridicisation afin de réguler les relations au travail et ainsi prendre sous son aile protectrice les secteurs du monde du travail qui en ont le plus besoin.

In 2015, the IALLJ published its inaugural Yearbook of Comparative Labour Law Scholarship. It was edited by Steven L. Willborn and Alan C. Neal and published by Lancaster House. The volume contained 390 pages with reproductions of the most typical, eye-catching, thoughtful or generally worthwhile contributions of IALLJ member journals.

The *Yearbook* was conceived with the intent of showcasing some of the best in recent comparative and international labour law scholarship.

The present volume aims to repeat this exercise for contributions that have been made available after the first volume and which were published in 2014 in the IALLJ's member journals.

It is our hope that this Yearbook will play a role in disseminating academic work in the area of labour law and strengthening the discipline through an this innovative publication reaching out to the widest possible readership.



www.labourlawjournals.com